

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER - FACULTÉ DE DROIT

EXAMEN CRITIQUE DE QUELQUES THÉORIES

sur les

Limites de la Souveraineté interne de l'Etat

THÈSE

soutenue

devant la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier
pour le Doctorat en Droit

par

J. PORTALIS

NICE

Imp. G. MATHIEU, 14, Rue Chauvain

1927

EXAMEN CRITIQUE DE QUELQUES THÉORIES

sur les

Limites de la Souveraineté interne de l'Etat

UNIVERSITE DE MONTPELLIER - FACULTE DE DROIT

EXAMEN CRITIQUE DE QUELQUES THÉORIES

sur les

Limites de la Souveraineté interne de l'Etat

THÈSE

soutenue

devant la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier
pour le Doctorat en Droit

par

J. PORTALIS

NICE

Imp. G. MATHIEU, 14, Rue Chauvain

1927

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Valery, Doyen honoraire, professeur de Droit commercial.
Moye, Doyen, professeur de Droit International public.
Morin, assesseur, professeur de Droit civil.
Becqué, professeur de Droit civil.
De Nesmes-Desmarets, professeur de Droit administratif.
Roche-Agussol, professeur d'Economie politique.
Bosc, professeur de Procédure civile.
Vialleton, professeur de Droit civil.
Viard, professeur d'Histoire du Droit.
Guenoun, professeur de Droit romain.
Gabolde, professeur de Droit criminel.
Dijol, chargé de cours de Législation Industrielle.
Teillard, chargé d'un cours d'Economie politique approfondie.
Magnan de Bornier, chargé de cours de Droit constitutionnel.
Courtin, chargé de cours d'Economie politique.
Vigié, doyen honoraire.
Laborde, professeur honoraire.
Dubois, secrétaire.
Rochette, secrétaire honoraire.



MEMBRES DU JURY :

MM. De Nesmes-Desmarets, président.

Moye	} assesseurs.
Magnan de Bornier	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Examen Critique de quelques Théories

sur les

LIMITES DE LA SOUVERAINETÉ INTERNE DE L'ÉTAT

INTRODUCTION

Le droit public moderne nous a accoutumé à tenir pour légitime tout gouvernement quelqu'en puisse être l'origine ou la forme si ce gouvernement fait son métier de gendarme, de juge et d'administrateur, et pour cela seulement qu'il le fait. On accorde volontiers à l'Etat tous les droits qui lui sont nécessaires pour accomplir sa mission, aussi longtemps qu'il manifeste la volonté de la poursuivre. On recherche les motifs de soumission bien plus dans l'ordre même que dans la qualité de la personne qui ordonne. L'idée d'un gouvernement légitime par sa nature, ou par son fondement, ou par quelque décret de la puissance divine nous devient de plus en plus étrangère. On demande au souverain de justifier son pouvoir par l'usage qu'il en fait et l'on se contente de cette justification.

La vieille théorie patrimoniale de la souveraineté ne tient plus guère de place dans les constructions juridiques des publicistes depuis près d'un siècle. Le pouvoir étatique apparaît comme la puissance de volonté d'un organisme moralement conçu comme personne et non plus comme la prérogative d'un individu ou d'un groupe.

La volonté de cet organisme, de l'Etat, est déterminée nécessairement par un but, de là une première limitation de la puissance étatique, car ainsi que l'écrit Gerber (1) : « Le pouvoir de l'Etat n'est pas une volonté absolue. Il doit seulement servir au but de l'Etat et exister seulement pour lui. En lui sont contenues les bornes naturelles du domaine de l'action étatique. Le pouvoir de l'Etat est certainement, dynamiquement, le plus haut pouvoir dans le peuple, mais juridiquement il existe seulement dans l'intérieur de la sphère de ses buts ; ou, en d'autres termes, c'est seulement dans l'intérieur du cercle de son existence juridique que le pouvoir de l'Etat est la plus haute puissance pour la décision ».

Les restrictions à la puissance étatique dérivant de l'existence d'un domaine d'action départi à l'Etat et dont il ne doit point sortir, ne constituent, en quelque sorte, qu'une première approximation de la solution du problème de la limitation de l'Etat. Quand on aura déterminé le but de l'Etat, on pourra bien savoir quelle sera sa compétence, ce qu'il doit faire, mais non comment il doit le faire. Après avoir précisé la substance de cette activité, il faudra en connaître le mode. A « l'intérieur de la sphère de ses buts, le pouvoir de l'Etat est le plus haut pouvoir pour la décision », mais est-il aussi légitimement un pouvoir arbitraire ? Est-il, au contraire, dominé dans son exercice par une règle de droit rationnelle, immuable, perçue directement par les consciences individuelles, dont les prescriptions s'imposent à lui et qu'il doit tendre à réaliser ? Ou bien encore se trouve-t-il lié par les manifestations de sa volonté, est-il soumis au droit qu'il a créé et pourquoi ? Telles sont les questions qu'il nous faudra examiner tour à tour au cours de ce travail. Auparavant

(1) Grunzüge der deutschen staats rechts, 3^{me} éd. p. 31, cité par DUGUIT, *Revue de Droit Public*, 1919, p. 165.

il nous faut traiter succinctement le problème du but de l'Etat dont l'importance nous est apparue.

La question peut être envisagée sous plusieurs aspects : on peut se demander quel est le but de l'institution de l'Etat eu égard à la destinée ultime de l'humanité, quel est son but objectif universel ; ou encore quel est le but qu'a poursuivi tel état déterminé, quelle a été sa fin objective particulière ; enfin quel but a l'institution de l'Etat à un moment donné pour ceux qui en font partie, quelle est la fin subjective de l'Etat (1). La première question est d'ordre métaphysique, les théologiens l'ont amplement traitée sans l'épuiser, elle ne peut guère recevoir de solution scientifique. Faut-il admettre avec Murhard que l'Etat doit réaliser le but de l'humanité, ou avec Mohl, qu'il constitue une image du règne de Dieu, ou bien, au contraire, qu'il n'a point de but en dehors de lui-même (doctrine organique) ; ce sont là des questions où l'on ne peut guère apporter que des affirmations ou une croyance, non des preuves. La seconde est, avant tout, d'ordre historique ; il importe peu au juriste de savoir si l'Angleterre a eu pour but la réalisation de la liberté politique, l'Espagne, le rétablissement de l'unité religieuse et la Grèce la glorification de l'homme dans l'espèce. La troisième seule nous retiendra.

Ainsi limitée la question de la recherche de la fin de l'Etat n'a pas été sans donner lieu à de multiples théories. On a prétendu, en particulier, que le but de l'Etat était la réalisation de la morale, mais on doit objecter que cette théorie tend à étendre l'action de l'Etat de façon à peu près indéfinie et n'assure pas aux gouvernés une garantie suffisante de leur liberté. Nécessairement, ce sont les convictions de ceux qui sont au pouvoir qui décident de ce qui est moral, et ceux qui ne partagent pas ces convictions

(1) Cf. JELLINEK, *L'Etat Moderne et son droit*, I. 361 et s.

sont soumis à une insupportable tyrannie ; la liberté de penser elle-même se voit compromise et l'on n'est même pas en droit d'attendre un résultat heureux de cette contrainte. La moralité est une attitude interne que nul moyen externe ne peut réaliser : l'histoire enseigne que les mesures les plus énergiques destinées à réaliser l'unité de pensée dans un pays n'ont abouti qu'à d'inutiles persécutions. Vouloir faire de l'Etat une institution de sanctification, c'est méconnaître sa fonction, seules des disciplines librement acceptées peuvent prétendre à ce rôle, car, que sert la force à qui veut le consentement ? Cependant, il est incontestable que l'Etat ne doit point négliger les intérêts moraux du peuple, mais si ce souci est parfaitement légitime, il ne doit pas être exclusif. D'ailleurs, bien des manifestations de l'activité de l'Etat se conçoivent mal si l'on admet que sa fin est la réalisation morale. On ne comprend pas quel rapport il peut y avoir entre elle et l'exploitation d'un réseau de voies ferrées ou de monopoles par exemple, or, bien que l'opportunité de semblables exploitations ait été souvent critiquée, on n'en conteste guère la légitimité et une théorie qui prétend déterminer la fin de l'Etat doit en rendre compte. On voit donc que si cette théorie étend exagérément, les attributions de l'Etat en certains domaines et en ceux-là précisément où l'action des gouvernants est le moins souhaitable, que si elle menace les libertés les plus précieuses : liberté de conscience et liberté de pensée, par contre elle fait à l'Etat, en d'autres domaines, une place par trop restreinte.

D'autres auteurs ont assigné à l'Etat, comme fin suprême, la réalisation du droit. Si le grand nom de Kant est lié à la doctrine du but juridique, il faut remarquer que déjà Locke voulait voir dans la protection des « propriétés », la tâche essentielle de l'Etat, et pour Spinoza, la réalisation de la liberté est son but unique ; or la sécurité n'est qu'une conséquence du droit, et la théorie de la

liberté ne fait que mettre en évidence le droit subjectif, alors que celle de Kant donne la prééminence au droit objectif. Pour Kant, donc, l'Etat est exclusivement un Etat de droit, sa seule fin est d'assurer la réalisation du droit, de lui fournir une sanction. Ce système est inadmissible, car ainsi que l'écrit si justement Jhéring : « Le droit n'est pas le principe supérieur qui régit le monde : il n'est pas un but en soi ; il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine (1). De plus, c'est là une conception trop étroite de l'Etat. La théorie juridique de l'Etat dans toute sa pureté doit aboutir à la suppression de l'Etat. Historiquement, d'ailleurs, il ne serait pas possible d'invoquer un seul cas d'organisation étatique tendant à assurer la réalisation du droit exclusivement à toute autre fin. L'Etat doit veiller à sa sécurité internationale, ce lui est un incontestable devoir, et pourtant cette sécurité peut être bien différente de celle de ses sujets. De plus, cette sécurité sera assurée par un ensemble de mesures administratives qui n'ont nul rapport avec la réalisation du droit. Les voies romaines étaient avant tout des routes stratégiques, en les édifiant Rome songeait à sauvegarder des intérêts qui n'avaient rien de juridique : dira-t-on que cette activité était déplacée ?

Il semblerait que les auteurs qui ont voulu donner à l'Etat pour but exclusif la réalisation du Droit, aient dû édifier une théorie particulièrement libérale : il n'en est rien. Kant et après lui Hegel ont été des théoriciens de l'absolutisme ; l'un et l'autre ont, en quelque sorte, divinisé l'Etat dont la volonté, d'essence supérieure à celle des citoyens, ne peut être même discutée sans crime. Ce n'est point en étendant à l'extrême les attributions de l'Etat qu'ils ont édifié leur doctrine, mais à l'aide du

(1) *Der Zweck in Recht*. — Trad. O. DE MEULENAERE, p. 169.

sophisme que nous retrouverons chez Rousseau et chez Hobbes.

Plus ancienne encore est la théorie utilitaire, l'antiquité en a donné une représentation à peu près parfaite que les auteurs modernes ont à peine retouchée. On lui a fait deux reproches.

Si l'on voulait tirer de la doctrine utilitaire ses dernières conséquences logiques, il faudrait conclure, dit-on, que l'Etat, pour assurer au plus grand nombre possible d'individus le plus de bien être possible, doit négliger les intérêts intellectuels, qui ne sont que l'apanage d'une minorité, et tendre à réduire le niveau intellectuel et moral au niveau le plus bas, car l'homme doué de façon moyenne ne pourra jamais prétendre aux sommets. Il faudrait avoir de l'utilité publique une conception bien étroite pour souscrire à de semblables conclusions. Si l'on veut bien admettre que la civilisation matérielle est un bienfait, il faut convenir que l'homme moyen, voire l'illettré, bénéficient chaque jour des applications de spéculations théoriques auxquelles ils n'ont pu prendre part. Il serait superflu d'insister sur cette curieuse façon d'entendre l'intérêt général en brimant les intelligences d'élite sous prétexte que les médiocres ne sauraient atteindre au sommet.

Maison a fait à la théorie eudémoniste et utilitaire un autre reproche, celui-là beaucoup plus grave et mieux fondé. La théorie utilitaire a toujours été invoquée pour justifier la tyrannie. Le xviii^e Siècle a rêvé d'un « tyran éclairé », ce n'est peut-être pas l'idéal le plus élevé auquel puisse prétendre l'Etat. Ce tyran, si éclairé soit-il, peut au demeurant avoir, du bonheur de la foule, une idée bien différente de celle de la foule même, et l'on ne voit pas bien pourquoi elle lui serait préférée, tout homme peut bien rechercher le bonheur comme il l'entend. La constitution de Juin 1793 déclarait, en son Article premier, que le but de la société est le bonheur commun, et l'on sait de

quelle façon intransigeante ce but a été poursuivi. C'est encore l'utilité générale qu'invoquent les communistes pour justifier le bouleversement qu'ils voudraient entreprendre : mais l'on ne peut s'empêcher d'éprouver quelque méfiance à l'égard d'un Etat qui prétend organiser à sa guise le bonheur de chacun. C'est là une tâche des plus délicates que l'on ne se soucie guère de confier à des tiers, s'en acquitter soi-même est encore le meilleur moyen de la mener à bien.

Il n'en reste pas moins que la théorie utilitaire est la seule qui offre à l'activité de l'Etat une base assez large. Les autres ont tendance à la restreindre à l'excès, ou bien à en dénaturer le caractère. La théorie utilitaire est d'ailleurs, en fait, la seule que la pratique invoque. C'est au nom de l'utilité générale que sont entrepris tous les travaux publics, autorisées toutes les expropriations, c'est elle qui motive la plupart des décisions de l'autorité administrative. Et si l'on veut admettre l'existence d'un principe limitatif qui interdirait à l'Etat certains actes, même s'ils sont d'utilité générale, on peut fort bien éviter le reproche que l'on fait à cette théorie de la finalité expansive de favoriser la tyrannie étatique. Cette limitation peut être recherchée de divers côtés : soit dans un principe étranger à l'Etat : droit naturel ou droit objectif ; soit, au contraire, être conçue comme une conséquence du mode même de l'activité de l'Etat, ainsi que l'ont fait les deux grands juristes allemands Jhéring et Jellinek.

Ce dernier, en particulier, après avoir repoussé cette conception du but de l'Etat (1), aboutit à des conclusions bien peu différentes lorsqu'il écrit : « L'Etat est, dès lors, l'Association souveraine des membres d'un peuple, revêtu du caractère de personne juridique dont l'activité systématique et centralisatrice satisfait, en s'exerçant, par des

(1) *L'Etat Moderne et son droit* I, p. 378 et s.

moyens extérieurs, les intérêts solidaires de l'individu, de la nation et de l'humanité, dans le sens d'un développement progressif » (1).

Il est difficile de trouver une formule à la fois assez large pour justifier les multiples manifestations de l'activité de l'Etat et assez précise pour enclore cette activité en de justes limites. Nous croyons que le plus simple est d'admettre, avec les partisans de la théorie utilitaire, que tout ce qui est d'intérêt public est, en règle générale, de la compétence de l'Etat; mais que, par exception, celui-ci doit s'abstenir de certains actes qui, justifiés par l'intérêt général, porteraient une atteinte trop profonde à l'indépendance que l'individu doit conserver dans l'organisation sociale.

Rechercher quelle est la sphère d'action réservée à l'individu, quelle est la règle protectrice de ses intérêts, c'est ce que trois grandes théories — du droit naturel, du droit objectif, de l'auto-limitation — se sont efforcées de dégager, théories que nous examinerons tour à tour.

L'Etat ne saurait être justifié que par les fins qu'il accomplit, la question du fondement de l'Etat a été résolue voici des siècles par Aristote, dans sa Politique (2), depuis lors, on n'a guère trouvé de meilleure solution. Mais si l'on considère que les devoirs de l'Etat sont le fondement et la mesure de ses droits, on doit se demander ce que deviendront ceux-ci s'il cesse d'accomplir ceux-là. Les sujets seront-ils relevés du devoir d'obéissance? Pourront-ils en droit s'insurger contre un pouvoir qui méconnaît sa fonction, dont la seule raison d'être est abolie?

Mais l'Etat a non seulement des devoirs positifs, non seulement il est tenu d'accomplir certains actes, il a aussi

(1) Op. Cit. I, p. 410 et s.

(2) Vol. I, 2, 1253 a. 31 et s

des devoirs négatifs, il doit s'abstenir de certains autres. Et l'on peut encore se demander quelle sera la conséquence des abus de pouvoir commis par l'Etat. Cette question se rattache intimement à la recherche des limites qu'il convient d'assigner à l'activité étatique, à la recherche de ses limites, de leur nature et de leur fondement.

Il n'y a point de règles juridiques qui puissent permettre de conclure que l'Etat administre bien ou mal, ou que l'organisation de la police est insuffisante ; les besoins sociaux auxquels l'Etat doit satisfaire sont chaque jour plus étendus, chaque époque en connaît de nouveaux et qui lui sont propres ; déterminer si l'Etat y satisfait de façon heureuse, c'est là une question de fait que chacun appréciera à sa guise. Au contraire, rechercher s'il existe un droit en dehors de l'Etat et s'il s'impose à lui, c'est là un des problèmes fondamentaux du droit public : c'est cette face seule de la question que nous examinerons.

Enfin, il ne suffit pas d'établir que l'Etat doit s'abstenir de certains actes pour conclure qu'il est des cas où l'insurrection est légitime. Il faudrait encore prouver que les citoyens ont le droit de porter des jugements — ayant non seulement une valeur logique, mais aussi une valeur juridique — sur l'attitude des gouvernants et que la sanction de semblables jugements est la rupture du lien de sujétion qui unit gouvernés à gouvernants, et cette preuve on ne l'a point apportée.

Il convient de distinguer soigneusement les deux formes que peuvent revêtir la résistance à l'oppression, l'une la forme juridique, de caractère essentiellement pacifique ; l'autre la forme politique : l'insurrection, recours à la force et rupture des liens de droit qui unissent l'Etat à ses sujets.

Tout Etat organise des voies de droit permettant à ceux qui s'estiment injustement lésés par le zèle intempestif de l'un de ses préposés, de poursuivre la réparation du

dommage qu'ils ont éprouvé. L'usage de ces recours contentieux est évidemment légitime et nul ne songe à le contester. Mais il est certain qu'un tel recours ne peut avoir d'effet que si l'oppression provient de l'un des organes de l'Etat et non de l'Etat lui-même. Il ne peut aboutir que si l'acte incriminé est désapprouvé par quelques-uns au moins des organes qui n'y ont pas participés. Il permet de lutter efficacement contre la tyrannie que prétendrait exercer un fonctionnaire ou une administration de l'Etat, mais non contre l'oppression émanant de l'ensemble de ce dernier.

Ce recours peut être plus ou moins complètement organisé ; certains Etats ont, non seulement prévu pour leurs sujets la possibilité de se pourvoir contre un acte administratif, mais aussi contre un acte législatif. Cependant, quelle que soit l'étendue du droit ainsi reconnu, il ne constitue jamais une garantie absolue des libertés publiques. Organiser, par exemple, une Cour Suprême dont la compétence serait telle qu'elle puisse annuler un acte du pouvoir législatif lui-même, ce sera, certes, une garantie de plus, mais aussi un témoignage sensible de l'insuffisance de cette garantie. Son existence même prouve assez que l'on admet la possibilité d'un abus de pouvoir commis par l'organe législatif, or, si cet organe est suspecté, pourquoi n'en serait-il pas de même de la Cour elle-même, chargée de le contrôler ? Un accord entre les pouvoirs législatif et judiciaire n'a en soi rien d'inconcevable et un tel accord aboutirait évidemment à réduire à néant la garantie organisée. On ne voit pas pourquoi l'on mettrait en doute la compétence ou la probité de tel organe et jamais celle de tel autre.

Enfin, un recours juridique ne donne, bien entendu, jamais aux gouvernés un moyen de modifier la forme du gouvernement ; bien mieux, cette modification est souvent rendue impossible par un article spécial de la constitution.

C'est pourquoi l'insurrection apparaît, à première vue, comme l'aboutissement normal des conflits les plus graves qui peuvent opposer l'Etat aux gouvernés, conflits qu'aucune voie de droit n'est susceptible de résoudre.

On distingue généralement deux espèces d'insurrections. L'insurrection peut être dirigée contre la souveraineté interne de l'Etat, elle atteint surtout le gouvernement et tend à transformer celui-ci sans porter atteinte à l'intégrité du premier. L'insurrection peut aussi tendre au démembrement de l'Etat, être dirigée contre sa souveraineté externe, c'est alors l'Etat lui-même qui est en cause. Mais ces deux formes se distinguent bien plus par leurs conséquences et par les motifs qui les font éclore que par leur nature même. L'une et l'autre impliquent avant toute chose la répudiation violente d'un ordre jusqu'alors accepté. C'est pourquoi, si l'on se borne à examiner la valeur juridique et non les conséquences politiques ou sociales d'une insurrection, il n'y a aucun intérêt à reprendre cette distinction essentielle par d'autres côtés.

Dans la suite, il ne s'agira donc que de la forme violente de la résistance à l'oppression : de l'insurrection et sans distinguer si sa fin est une modification du régime gouvernemental ou la sécession d'une partie du territoire de l'Etat.

CHAPITRE PREMIER

THEORIE DE LA FORCE

Existe-t-il entre le souverain et les sujets autre chose qu'un rapport de fait, un lien moral les unit-il ? Beaucoup l'ont nié. La théorie de la force est des plus anciennes, elle a été professée par les Sophistes et nous trouvons dans Platon un écho des controverses auxquelles elle a donné lieu.

A ce sujet, il convient de remarquer qu'aucun auteur n'a cherché à fonder l'Etat sur elle, bien au contraire elle a été invoquée par tous ceux, individualistes comme Nietzsche ou communistes comme Lassalle et Engels, qui ont tenté d'en saper les fondements. On prétend que Hobbes, Spinoza ont voulu voir, dans la force, la justification de l'Etat ; rien n'est moins exact. Spinoza n'a jamais été un défenseur de l'absolutisme étatique et Hobbes n'est parvenu à l'établir que grâce à un détour ingénieux. Mais nous reviendrons à ces auteurs.

On peut prétendre qu'en fait l'Etat est basé sur la force. Il est certain que l'Etat, par sa nature, constitue une organisation de force et de domination ; de plus, dans le processus de formation historique des Etats, il y a presque toujours eu lutte et victoire d'une force supérieure : la guerre a été le principe créateur de la plupart des Etats. Mais de là à tirer de la force une justification

de l'Etat, il y a loin. Vouloir faire sortir la notion de droit de celle de la force est une absurdité, car, l'une contient un élément moral étranger à l'autre ; puisqu'elle contient quelque chose de plus, elle ne saurait y être contenue et nulle dialectique ne l'en pourra faire sortir.

Une doctrine qui voudrait fonder l'Etat sur la force manquerait de tous les éléments moraux qui pourraient s'opposer à la création et au développement de doctrines destructives de l'Etat, car s'il n'est pas autre chose qu'une puissance brutale et déraisonnable, pourquoi celui qu'une telle puissance opprime n'essayerait-il pas de secouer le joug ? Rousseau avait déjà développé cette conséquence de la théorie de la force : « Sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause, toute force qui surmonte la première, succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément on le peut légitimement, et puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort ». (1).

Lorsque Calliclès (2) dit : « La loi est faite par les faibles et par le grand nombre. C'est donc par rapport à eux-mêmes et en vue de leur intérêt personnel qu'ils font la loi et qu'ils décident de l'éloge ou du blâme. Pour effrayer les plus forts, les plus capables de l'emporter sur eux, et pour les empêcher de l'emporter, en effet, ils racontent que toute supériorité est laide et injuste et que l'injustice consiste essentiellement à vouloir s'élever au-dessus des autres : Quant à eux, il leur suffit, j'imagine, d'être au niveau des autres sans les valoir ». Quand Calliclès développe cette thèse, ce n'est certes pas pour relever le prestige qu'exerce la loi. Elle lui apparaît comme une règle destinée à fausser le jeu au profit des plus faibles qui l'imposent aux plus forts par leur nombre. Et

(1) *Contrat Social*, I, 3.

(2) PLATON : *Gorgias*, 483 c.

il ajoute : « La nature elle-même, selon moi, nous prouve qu'en bonne justice celui qui vaut plus doit l'emporter sur celui qui vaut moins, le capable sur l'incapable. Elle-même nous montre partout, chez les animaux et chez l'homme, dans les cités et les familles, qu'il en est ainsi, que la marque du juste c'est la domination du puissant sur le faible et sa supériorité admise ». (1).

Si les sophistes opposent l'ordre de la nature à celui de la loi c'est pour exalter celui de la nature, le seul normal, le seul qui ne soit point factice, où le meilleur n'est point la dupe de la foule faite de faibles et de malvenus.

Nietzsche va reprendre cette doctrine. Pour lui, toute manœuvre en vue de fausser la détermination de la valeur, toute tentative ayant pour objet de substituer au déterminisme de la force un principe d'évaluation extérieur à la force — et le droit est au nombre de ces principes — et qui permettra aux indignes de l'emporter sur les meilleurs, est une cause de dégénérescence : « Périissent les faibles et les ratés : premier principe de notre amour des hommes. Et qu'on les aide encore à disparaître! Qu'est-ce qui est plus nuisible que n'importe quel vice? — La pitié qu'éprouve l'action pour les déclassés et les faibles : — Le christianisme... » (2). Si la vie qui tend constamment à s'élever au-dessus du niveau commun produit un être d'exception, le grand nombre de ceux qui ne peuvent se hausser à ces hauteurs nouvellement atteintes se coalisent et inventent des ruses propres à ravalier l'élite à leur niveau : « Il ne faut vouloir ni enjoliver, ni excuser le christianisme, il a mené une guerre à mort contre ce type supérieur de l'homme, il a mis au ban tous les instincts fondamentaux de ce type, il a distillé de ces instincts le mal, le méchant : l'homme fort, type du réprouvé » (3).

(1) *Gorg.* 483 d. Dans le même sens cf : *Ménon*, 73 d et 77 b. Rép. I, 338 c.

(2) *L'Antéchrist*.

(3) *Op. cit.*

La sélection a pour principe une lutte continuelle contre des conditions toujours également défavorables. Le « surhomme » a besoin, pour se constituer dans son intégralité victorieuse, de l'antagonisme du troupeau et des masses ou des rivalités de ses proches et de ses pareils. Il ne pourra s'élever à sa propre hauteur que s'il y est contraint par une nécessité. Il doit avoir le choix ; disparaître ou s'imposer, ou bien en haut, ou bien en bas, « rampant comme un ver, insulté, anéanti, piétiné ».

« La forme supérieure de la liberté individuelle, de la souveraineté, grandit à cinq pas de son contraire, là où le danger de l'esclavage est suspendu au-dessus de l'existence ». Les époques où « l'individu devient mûr pour cette perfection, c'est-à-dire libre », « où le type classique de l'homme souverain est réalisé » ne furent jamais des époques humanitaires. Il faut « avoir des tyrans contre soi » pour devenir « tyran, c'est-à-dire libre ». Une race dominatrice ne peut tirer son origine que de la violence et du danger.

L'Européen de l'avenir, « considéré comme l'esclave le plus intelligent, très travailleur, au fond très modeste, curieux jusqu'à l'excès, multiple, amolli, faible de volonté, — une chaos cosmopolite de passion et d'intelligence », ne représenterait dans le bilan total de l'évolution humaine qu'un déficit, si précisément, de ce chaos ne se dégagait une nouvelle organisation. « L'administration générale et économique de la terre qui nous attend inévitablement » et qui constituera « un maximum dans l'exploitation de l'homme », suppose nécessairement des êtres en faveur de qui cette exploitation a un sens, des êtres pour qui cette machinisation de l'humanité est une condition d'existence.

L'humanité actuelle manifeste des symptômes de dégénérescence ; l'homme de la société moderne va à sa fin ; nous le voyons s'abaisser tous les jours, « se réduire de

plus en plus à quelque chose de plus mince, de plus inoffensif, de plus prudent, de plus médiocre, de plus indifférent encore, jusqu'au superlatif des chinoïseries et des vertus chrétiennes ». Le seul moyen d'éviter cette universelle dégénérescence de l'homme, « ce rapetissement de l'homme jusqu'au parfait animal de troupeau », cet « abêtissement de l'homme jusqu'au pygmée des droits égaux et des prétentions égalitaires », le seul moyen de salut est la création d'un autre type d'homme, création qui ne pourra être réalisée que si les valeurs de décadence qui ont cours aujourd'hui — et le droit est au nombre de ces valeurs — font place à de nouvelles valeurs.

On voit que pour Nietzsche, comme pour les Sophistes, c'est la foule qui est au pouvoir qui dicte des lois, qu'elle qualifie du nom pompeux de morale, et qui sont destinées à opprimer les meilleurs. Mais il appartient à ceux-ci de réhabiliter la force qu'on voudrait disqualifier, afin d'ôter à l'élite le signe et l'instrument de sa supériorité.

Bien au contraire, pour Engels, Lassalle et presque tous les théoriciens communistes, l'Etat actuel est basé sur la domination de la multitude par quelques-uns, domination qui n'est fondée que sur la force et qui s'exerce au profit des gouvernants : « L'Etat est l'oppresseur de la société civilisée, car à toutes les époques modèles il a été sans exception l'Etat des classes dirigeantes et il demeure toujours et dans tous les temps essentiellement la machine qui sert à opprimer la classe asservie et exploitée » (1). Cet asservissement, il faut en secouer le joug par tous les moyens. Une révolution sociale et non plus politique pourra seule faire cesser cette exploitation du plus faible par le plus fort et permettra d'instituer la « dictature du prolétariat ». Car il ne suffit pas de renverser les classes dirigeantes, il faut encore les empêcher de se reconstituer,

(1) ENGELS, *Der Ursprung der Familie*, p. 143.

et cela seule une dictature peut y parvenir; sans elle, les plus habiles ou les moins scrupuleux, les plus forts, auraient tôt fait de ressaisir le pouvoir pour en user à leur profit.

On voit la différence profonde qui sépare ces deux théories de la force. Pour l'une la domination des plus forts est une chose heureuse, souhaitable, que l'idéologie platonicienne — de là la haine de Nietzsche pour Socrate (1) — et après elle le christianisme, sont venus entraver; pour l'autre, au contraire, c'est une injustice qu'un profond bouleversement social devra faire cesser.

Jellinek écrit : « Les adeptes de ces théories méconnaissent totalement le fait suivant : à savoir que la puissance dominatrice est partout et avant tout d'essence psychologique et non physique, ce qui est déjà suffisamment prouvé par cet autre fait, qu'en thèse générale, une petite minorité domine la majorité (2), mais ce fait n'est pas méconnu, loin de là, l'élément psychologique peut être un facteur de force; tout le livre de Sorel « Réflexion sur la violence », ne tend qu'à l'établir.

Ce qu'il faut penser de ces théories, il ne nous appartient pas de le dire, elles relèvent plus de la philosophie et de l'histoire que du Droit. Les uns les ont déduites de la recherche du souverain bien, ainsi qu'il apparaît dans le Gorgias où le débat dévie tout aussitôt sur cette question plus générale; les autres les ont tirées de l'examen des faits historiques, examen qui dépasse le cadre de ce travail.

Sans donc revenir sur cette question, nous admettons constamment, dans la suite, qu'un lien moral unit les sujets d'un Etat à cet Etat et que leurs rapports respectifs ne sont pas exclusivement des rapports de force.

(1) Cf : *Le Crépuscule des Idoles*, Mercure de France, p. 116 et s. Par delà le bien et le mal (M. F., p. 6 et s.).

(2) *L'Etat Moderne et son droit*, I. 313.

Il est impossible de concevoir une théorie de l'Etat sur une autre base, et cette impossibilité nous apparaîtra plus clairement dès que nous examinerons les conceptions de Spinoza et de Hobbes en qui l'on a souvent voulu voir 'es héritiers de la pensée de Calliclès.

Il faut se souvenir que la notion de droit est étrangère à Spinoza, cela est une conséquence nécessaire de son panthéisme ; pour lui, nous n'avons aucun critérium objectif qui nous permette de ranger l'infinité des phénomènes naturels dans la catégorie du juste ou de l'injuste (1). Aussi ne va-t-il pas s'attacher à établir que l'Etat a le droit de commander mais, au contraire, que les citoyens ont le devoir d'obéir s'ils veulent se conformer aux préceptes de la raison, et l'on sait que, pour Spinoza, la raison est le fondement de tout éthique. Mais nulle part, évidemment, nous ne rencontrerons de propositions ayant le caractère d'un impératif catégorique ; la méthode, le fondement même de sa morale lui interdisaient d'accéder à autre chose qu'à un impératif hypothétique. La raison ne pouvait lui fournir que des prémisses à l'indicatif et un syllogisme dont les prémisses sont toutes deux à l'indicatif, aura sa conclusion nécessaire à l'indicatif. La seule chose qu'il pouvait faire et qu'il a faite était d'établir que la plus sûre base de la force de l'Etat était la soumission de ses sujets à qui une conscience claire de leur intérêt devait faire souhaiter cette force, le meilleur gage de leur liberté : « Un pouvoir contesté devient aussitôt tyrannique ; on ne peut plus prononcer sur ce qu'il serait, bon médiocre ou mauvais, s'il s'exerçait simplement ; il s'établit, il se défend, il soupçonne » (2).

Pour Spinoza, les citoyens ont le devoir d'obéir, et

(1) *Trait. Polit.*, II, 4.

(2) ALAIN, *Le Citoyen contre les Pouvoirs*, p. 150.

non pas parce que l'Etat est le plus fort et qu'il peut briser toutes les résistances car, « Quiconque obéit à la crainte et fait le bien pour éviter quelque mal n'est point conduit par la raison » (1), mais parce que cette obéissance est conforme au précepte de la raison. En effet : « la saine raison ne peut ordonner que chacun reste son maître tant qu'il est sujet aux passions » (2). Et ailleurs : « Puisqu'en effet, le libre jugement des hommes est extrêmement divers, que chacun pense à être seul à tout savoir et qu'il est impossible que tous opinent pareillement et parlent d'une seule bouche, il ne pourrait vivre en paix si l'individu n'avait renoncé au droit d'agir suivant le seul décret de sa pensée » (3). Nous voyons donc que chaque citoyen, loin d'être son maître, relève de l'Etat, dont il est obligé d'exécuter tous les ordres et qu'il n'a aucun droit de décider ce qui est juste ou injuste, pieux ou impie... d'où il suit qu'alors même qu'un sujet estimerait iniques les décrets de l'Etat, il n'en serait pas moins tenu de les exécuter (4). Il suffisait, évidemment, de rapprocher cette phrase de la fameuse proposition : « Le droit de chacun s'étend jusqu'où s'étend sa puissance » (5), pour obtenir de la pensée de Spinoza une représentation fantaisiste.

Si les citoyens ont le devoir d'obéir, l'Etat a le devoir de ne commander que d'une certaine façon, car si : « Le souverain peut, en droit, gouverner avec la pire violence et condamner à mort les citoyens pour le plus léger motif, tout le monde niera que, dans cette façon de gouverner, le jugement de la droite raison reste sauf » (6). Si l'Etat a

(1) *Ethique* IV, 63.

(2) *Trait. Polit.* III, 6.

(3) *Trait. Théol. Polit.*, Ch. XX.

(4) *Trait. Polit.*, III, 5.

(5) *Trait. Théol. Polit.*, Ch. XVI.

(6) *Trait. Théol. Polit.*, Ch. XX.

le « droit » d'être tyrannique, c'est comme l'homme a le droit d'être « fou ».

Si nous voulons savoir à quelles conditions la maxime d'action de l'Etat sera morale au sens kantien du mot, c'est-à-dire pourra être érigée en loi universelle, il nous faudra rechercher à quelle conditions elle sera jugée raisonnable par Spinoza et cela nous pouvons l'induire clairement de ce passage du *Traité Théologico-Politique* : La fin de l'Etat n'est point de faire passer les hommes de la condition d'être raisonnables à celle de bêtes brutes ou d'automates, mais au contraire, il est institué pour que leur âme et leur corps s'acquittent en sûreté de toutes leurs fonctions, pour qu'eux-mêmes usent d'une raison libre, pour qu'ils ne luttent point de haine, de colère ou de ruse, pour qu'ils se supportent sans malveillance les uns les autres. La fin de l'Etat est donc, en réalité, la liberté ».

Une conception aussi haute de la fonction de l'Etat s'allie malaisément à cette théorie de la force dont on a prétendu que Spinoza s'était fait le défenseur. S'il a repris la distinction chère aux Sophistes entre le droit de la nature et celui de la loi, c'est pour opposer le droit de la nature aux préceptes de la raison, et l'on peut être assuré qu'un intellectualiste tel que Spinoza lorsqu'il invoque la raison ce n'est pas pour l'abaisser. Il ne faut éprouver nul étonnement à voir Spinoza attribuer ici une « fin » à l'Etat : le *Traité Théologico-Politique* est de huit ans antérieur à l'*Ethique*.

Si nous voulions résumer la thèse de Spinoza, nous dirions que l'homme raisonnable obéira en toutes circonstances à l'Etat parce qu'il est une institution nécessaire et que l'Etat s'attachera à n'ordonner jamais que des choses raisonnables, et loin de voir dans cette affirmation : « Comme un souverain ne peut régner de la sorte (avec violence) sans mettre en danger tout l'Etat, nous pouvons nier aussi

qu'il ait la puissance d'user des moyens indiqués et d'autres semblables, et conséquemment qu'il en ait le droit absolu » (1) ; loin d'y voir une expression de la théorie de la force, nous y trouvons le germe de la pensée de Jhéring : « L'Etat se soumet au droit parce qu'il a compris qu'il serait mieux obéi s'il agissait conformément au droit et s'il se limitait par le droit » (2).

Pour Hobbes, il n'en va pas tout à fait de même, car, si trop profondément imprégné de christianisme (ses perpétuels renvois à l'Ecriture en font foi), pour pouvoir formuler la théorie de la force en toute sa pureté, il est parvenu, grâce à des subtilités peu recommandables, à des conclusions singulières.

Qu'il n'ait point songé à fonder le droit sur la force, c'est ce qui résulte de bien des passages « Du Citoyen » : « Que c'est une des premières lois particulières de la nature qu'il ne faut pas retenir le droit qu'on a sur toute chose » (3). — « Deuxième loi de nature qu'il faut garder les conventions » (4). — « Que la nature ne peut point commettre d'injures envers son esclave » (5). ...Enfin et plus clairement encore de celui-ci : « Tout ce que les plus forts ordonnent à ceux qui, étant les plus faibles, ne peuvent point résister, prend à leur égard la forme de loi » (6), puisque c'est au point de vue formel et à ce point de vue seulement que Hobbes se place pour identifier, non pas même le droit, mais la loi à la force.

Il semble que Hobbes n'ait pas eu le courage de rompre en visière avec les idées reçues et qu'il se soit cru

(1) *Trait. Théol. Polit.*, Ch. XX.

(2) *Der Zweck im Recht*, I, 367.

(3) *Du Cit.* II, 3.

(4) *Op. Cit.* III, 1.

(5) *Op. Cit.* VII, 7.

(6) *Op. Cit.* XIV, 1.

obligé d'avoir recours à un biais pour aboutir aux conclusions brutales qui l'apparentent à l'auteur du « Prince ». Voici comment il établit que la Cité n'est point assujettie aux lois et que la Ville ne peut avoir nulle obligation envers un de ses bourgeois : « On ne peut point se donner quelque chose à soi-même, parce qu'il est à présumer qu'on le possède avant qu'on se le donne. On ne peut point aussi se faire plaisir à soi-même, car en ce cas là, celui qui obligerait et celui qui demeurerait obligé font une même personne, et l'un pouvant être délivré par l'autre de son obligation, se serait obligé soi-même ; pour ce qu'on se ferait quitte quand on voudrait, et celui qui a cette puissance de se délivrer est déjà effectivement libre. D'où il appert qu'une cité n'est point sujette aux lois civiles ; car les lois civiles sont les ordonnances de la ville auxquelles, si elle était liée, elle serait obligée à soi-même. De même, elle ne peut pas s'obliger à un de ses bourgeois ; car il peut la délivrer de son obligation quand il lui plaira ; or, est-il qu'il le veut toutefois et quantes que la ville le désire : (car la volonté des particuliers est comprise dans la volonté du public) donc la ville est dégagée quand il lui plaît de l'être ; et par conséquent, elle est déjà effectivement libre » (1), et plus curieusement encore : « Qu'il est impossible de rien ordonner par la loi civile de contraire à la loi de nature (2), parce qu'encore que cette dernière défende le larcin... toutefois, si la loi civile commande de se servir de quelque chose, cette invasion ne peut être estimée un larcin... En effet, lorsque les Lacédémoniens permirent autrefois à leurs enfants, sous certaines conditions, de prendre le bien d'autrui, ils ordonnèrent que ce qui aurait été pris, ne serait plus à autrui mais à celui qui s'en serait accommodé ; de sorte que la

(1) Op. Cit. IV, 14.

(2) Op. Cit. XIV, 10.

pratique d'une telle adresse n'était point comptée parmi les larcins ». Je te baptise carpe... mais le procédé est un peu bien usé et l'on éprouve un douloureux étonnement à voir un philosophe tel que Hobbes manquer de probité assez pour se livrer à de semblables jongleries.

Bien que désireux, ainsi qu'on le voit de libérer le souverain de toute obligation envers ses sujets, Hobbes lui fait cependant un devoir de gouverner dans leur intérêt et de n'établir que les lois nécessaires à la sauvegarde des intérêts des particuliers et de la république (1), mais c'est là un simple devoir moral dont le souverain n'est comptable envers personne, sa conscience est seule juge de ses actions. C'est la thèse absolutiste, le monarque ne doit de compte qu'à Dieu.

Au début du XIX^e Siècle, quelques auteurs ont repris les théories de Hobbes ; en particulier, Haller a affirmé que la puissance de l'Etat repose sur l'inégalité des individus, inégalité qui découle d'une loi naturelle inéluctable ; de plus, il nie la finalité de l'Etat et enseigne que l'Etat est à lui-même sa fin propre ! Ce n'était là qu'un moyen de nier le droit des individus à avoir des exigences par rapport à l'organisation et aux services de l'Etat. On sait le but politique de cette théorie dont le développement coïncide avec le mouvement réactionnaire qui prit naissance à la suite des Congrès de Vienne.

De l'examen de ces diverses théories se dégage une question : quelle sera l'attitude de l'individu en face de l'Etat ? Selon la façon dont le problème du fondement de l'Etat aura été posé et résolu, la réponse à cette question variera.

Les faibles, les sans-valeurs, qui sont le nombre, se sont-ils ligués pour imposer leur volonté et pour rabais-

(1) Op. Cit. XII, 15.

ser les meilleurs à leur niveau ? Ceux-ci doivent de toute leur force et de toute leur valeur s'efforcer de conquérir la place prise par ceux qui ne la méritent pas, et de toute leur puissance tendre à réduire à merci les faibles coalisés contre eux. C'est là la solution que nous offrent les sophistes, dressés contre Socrate, combattus par Platon. C'est là ce que proclame Nietzsche de toute sa haine contre l'idée platonicienne et contre le christianisme, la religion de la pitié, douce aux faibles et aux déshérités.

Partis d'une conception opposée de la base de l'Etat et de la loi, les philosophes socialistes et communistes : Lassalle, Engels, aboutissent à une conclusion identique. Pour eux, l'Etat dirigé par une minorité d'exploitants, la loi imposée par eux, oppriment la masse des faibles ; ceux-ci ont le droit de se révolter, de secouer un joug injuste.

Ainsi, ces théories basant l'Etat sur la force, admettent et réclament comme corollaire inévitable le droit d'insurrection. Il est logique que ceux qui sont opprimés par une force cherchent à se révolter ; que les opprimés soient pour les sophistes et Nietzsche, les forts en petit nombre, écrasés par la foule ; ou qu'ils soient, pour les socialistes, la foule exploitée par quelques dirigeants. Cette conclusion, nous l'avons dit, est nécessaire. Partant de l'idée de l'Etat basé sur la force, il aurait fallu, pour n'y pas aboutir, recourir au détour... subtil qu'ont employé Hobbes et Rousseau.

Cependant, toutes ces théories ne sont à peu près pas juridiques. Elles sont imposées toutes par un souci d'ordre politique ou social qu'il ne nous appartient pas de discuter ici.

Elles envisagent les rapports de l'Etat et des individus d'un seul point de vue : celui des droits des individus devant la force brutale de l'Etat tout puissant.

Spinoza a examiné l'autre face du problème. Au lieu

de dresser l'un contre l'autre, comme des antagonistes irrécconciliables, l'Etat et les individus, il a cherché si l'on ne pouvait pas concilier les droits des individus avec l'existence de l'Etat en donnant à celui-ci des devoirs. Pour Spinoza, l'Etat peut bien, en droit, se montrer brutal, autoritaire, et opprimer l'individu, mais en fait, il ne le peut pas sans risquer de se détruire. L'individu peut bien aussi vouloir agir selon « son propre décret », mais cela ne serait pas conforme au jugement de la saine Raison. Le souverain doit donc, d'après Spinoza, n'user de sa puissance qu'autant qu'il est nécessaire, et l'individu doit renoncer à suivre sa fantaisie en ce qui concerne l'action, mais il garde la pleine liberté de ses jugements, pourvu que ceux-ci n'impliquent pas l'action : « Nul, à la vérité, ne peut, sans danger pour le droit du souverain, agir contre son décret, mais il peut avec une entière liberté, opiner et juger en conséquence, aussi parler, pourvu qu'il n'aille pas au-delà de la simple parole, ou de l'enseignement, et qu'il défende son opinion par la raison seule, non par la ruse, la colère ou la haine, ni dans l'intention de changer quoi que ce soit dans l'Etat, de l'autorité de son propre décret » (1).

Spinoza a basé l'Etat non sur la force, mais sur la Raison. Raison qui veut que le souverain n'use de sa puissance qu'avec modération, raison qui dicte à l'individu le devoir d'obéir au souverain non parce qu'il est la force, mais parce qu'il est nécessaire et raisonnable d'obéir.

En Résumé. — Si les Sophistes, Nietzsche, Engels... ont conclu de façon absolue en faveur de l'insurrection, c'est pour des raisons qui n'ont rien de juridique. Loin de chercher à déterminer les limites du droit de l'Etat, ils ont préconisé la destruction de l'ordre juridique existant.

(1) *Traité Théologico-Politique*, Chap. XX.

Hobbes, dans un but politique évident a, au contraire, voulu asseoir cet ordre de façon intangible, et s'il refuse de façon absolue et dans tous les cas, de reconnaître la légitimité d'une insurrection, c'est pour des motifs auxquels nous ne saurions souscrire. Prétendre que la volonté individuelle étant enclose en la volonté générale, un homme fait ce qu'il veut lors même qu'il agit par contrainte, c'est une subtilité que nous retrouvons chez Rousseau en examinant sa théorie du droit naturel, conçue comme un principe limitatif de l'Etat. Pour Spinoza, qu'il nous soit permis de dire ici que si l'on veut tenir pour chimérique sa conception de l'Etat, il faut convenir, du moins, qu'elle n'est ni sans grandeur, ni sans beauté. Soumettre d'une volonté libre, aux décrets du souverain, non ses pensées, mais ses actes, rechercher la solution à des conflits possibles non dans la violence, mais dans une résistance pacifique, clairvoyante et obstinée, se persuader « que la liberté n'est pas d'institution, mais qu'il faut la refaire tous les jours » (1), ce n'est, certes, ni l'esclavage, ni la démagogie : c'est peut-être la sagesse.

Le droit et la morale ont des points communs. Ils envisagent parfois les mêmes problèmes, mais sous deux aspects différents. Faire du problème du droit un problème d'équité, c'est se tromper de point de vue, mais en faire une question de force, c'est en méconnaître la nature. Si une construction juridique, pour n'être que juridique, doit être édifiée hors de toute considération morale, il ne faut pas, du moins, la concevoir de telle sorte que la voie soit fermée au moraliste qui, seul, peut apporter au droit le secours d'une éthique à défaut de laquelle il demeure un corps sans âme. L'idée de droit est inséparable de celle d'équité. Certes, le droit peut bien être exception-

(1) ALAIN. *Le Citoyen contre les Pouvoirs*, p. 150.

nellement injuste, sans pour cela cesser d'être le droit et de s'imposer ; comme toute œuvre humaine, celle-là est imparfaite et ses imperfections n'en doivent point détourner, mais il ne saurait cesser d'être habituellement juste et reconnu comme tel par les consciences, sans perdre toute valeur et toute portée.

CHAPITRE II

LE DROIT NATUREL

La théorie du droit divin ayant été déformée, étant devenue une des bases de l'absolutisme monarchique, et la Papauté n'ayant plus le pouvoir d'en imposer l'interprétation primitive, quelques auteurs ont cherché ailleurs ce principe limitatif dont le droit constitutionnel a besoin. Mais il ne faut pas s'y méprendre, la théorie du droit naturel n'est pas, nécessairement, une théorie libérale et nous verrons qu'entre les mains de Rousseau, de Kant et de Hegel elle est devenue la meilleure base de la toute-puissance étatique. Plus récemment, M. Esmein a exposé du droit naturel une théorie qui ne fait aucune place à l'insurrection et qui, si elle n'a point le caractère sophistique du système de Rousseau n'aboutit pas moins à faire du droit naturel une garantie absolument vaine des libertés publiques. Au contraire, chez d'autres auteurs, Stiner et Bakounine en particulier, l'individualisme est tellement prononcé qu'il rend l'existence même de l'Etat impossible. Il est difficile d'échapper à l'une ou l'autre conséquence, et c'est pourquoi nous ne croyons pas que l'on puisse trouver en cette voie la solution du problème. En dehors de la difficulté que l'on éprouve à établir que l'homme possède, antérieurement à toute organisation sociale, certains droits, on est bien forcé d'admettre, soit qu'il en fait l'aban-

don à la communauté dans l'espoir de les retrouver sous une autre forme, et c'est le système du Contrat Social avec toutes ses conséquences. Quoi qu'il en soit, il nous faut examiner les diverses théories qui prétendent établir l'existence de droits subjectifs antérieurs à toute formation étatique.

PARAGRAPHE I. — *Rousseau.*

Le début même du Contrat Social montre assez clairement quelle a été l'intention de Rousseau : « L'homme est né libre et partout il est dans les fers... Comment ce changement s'est-il fait ? Je l'ignore. Qu'est ce qui peut le rendre légitime ? Je crois pouvoir répondre à cette question ». C'est donc la légitimité de ces « fers » qu'il va tenter d'établir. On pourrait se demander où Rousseau puise cette certitude que l'homme est né libre, mais on peut être assuré de n'y point trouver de réponse dans le Contrat Social. C'est là une de ces affirmations gratuites chères au philosophe de Genève et sur laquelle tout son système est fondé. L'état de nature est quelque chose d'hypothétique et une base bien fragile pour un système de l'Etat ; si Rousseau la juge suffisante, il est permis de n'être pas de son avis.

L'homme libre de tous liens fonde l'Etat par un pacte, le contrat social, dont voici les caractéristiques essentielles : « Si donc on écarte du pacte social tout ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout. A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et

sa volonté (1). Si cette théorie est fausse, du moins n'est-elle pas nouvelle. La théorie contractuelle de l'Etat a des origines lointaines. Nous rencontrons déjà chez les anciens l'idée que l'union contractuelle d'hommes jusque là libres était l'origine de l'Etat. Protagoras voit, dans une réunion d'hommes l'origine de l'Etat, et Platon fait développer aux Sophistes l'idée qu'une entente volontaire entre les hommes les a amenés à se protéger contre l'injustice (2). Richard Hooker, Grotius et Hobbes, pour ne citer que ceux-là, ont, avec autant de clarté que Rousseau, exposé la théorie du Contrat Social.

La conséquence nécessaire de ce contrat, c'est l'aliénation de toute liberté, la soumission absolue au souverain. « Ces clauses (du Pacte Social), bien entendu, se réduisent toutes à une seule : l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé n'a plus rien à réclamer, car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui put prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tout : l'Etat de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (3), qu'il y ait là une grande part de vérité c'est incontestable, il est évident qu'il n'y a ni ne peut y avoir de supérieur commun entre les particuliers et le public pour juger leurs différends et que nul ne peut être son propre juge. D'une association qui laisserait aux sujets le droit de ne pas conformer leurs actes aux ordres du souverain chaque fois qu'ils jugent à propos de ne pas le faire, Rousseau a raison de dire qu'elle

(1) *Contrat Social*, I, 6.

(2) Cf. *Protagoras*, 322 et *République* II, 359, A.

(3) *Op. Cit.* I, 6.

serait vaine. Mais là où il exagère, c'est quand il affirme qu'il ne reste rien aux sujets. Si l'on admet le fondement de la doctrine du Contrat Social, l'existence des droits subjectifs antérieurs à l'Etat, il faut dire avec les constituants de 1789 que ces droits sont imprescriptibles et inaliénables. Ce n'est point parce qu'ils en font refuser l'exercice aux citoyens contre l'Etat, faute de juge compétent, qu'on doit refuser de les leur reconnaître. Lorsque l'Etat méconnaît quelques-uns de ces droits fondamentaux, il commet un abus de pouvoir et c'est ce que Rousseau n'a pas voulu voir. Les sujets, s'ils n'ont point la capacité d'exercice de ces droits, ont la capacité de jouissance, et leur refuser la seconde parce qu'il n'est point possible de leur accorder la première, c'est méconnaître une distinction pourtant bien classique.

Mais Rousseau ne s'en tient pas là. « Il faut remarquer, dit-il (1), que la délibération publique, qui peut obliger tous les sujets envers le souverain, à cause des deux différents rapports sous lesquels chacun est envisagé, ne peut, par la raison contraire, obliger le souverain envers lui-même et que, par conséquent, il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre. Ne pouvant se considérer que sous un seul et même rapport, il est alors dans le cas d'un particulier contractant avec soi-même : par où l'on voit qu'il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social ». C'est le même sophisme que nous avons déjà rencontré chez Hobbes et qui est monstrueux. Puisque l'Etat doit son existence et son pouvoir de commandement au contrat social, il est tenu d'en respecter les termes; il est tenu non vis-à-vis de lui-même, mais vis-à-vis de ses sujets.

(1) *Contrat Social*, I, 7.

Quelques passages du Contrat Social ont pu induire en erreur et faire croire à une pensée libérale. « On convient que tout ce que l'homme aliène par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté. Tous les services qu'un citoyen peut rendre à l'Etat, il les lui doit sitôt que le souverain les lui demande; mais de son côté, le souverain ne peut charger les sujets d'une chaîne inutile à la communauté » (1). Mais Rousseau s'explique fort clairement : « Il s'agit de bien distinguer les droits respectifs du citoyen et du souverain, et les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes » (2) ; et encore : « Chacun aliène, par le pacte social, de sa liberté... seulement la partie dont l'usage importe à la communauté... il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance » (3). Il faut reconnaître cependant qu'ici Rousseau semble faire la distinction essentielle entre la jouissance des droits naturels et leur exercice, et évite la confusion qu'il fait si souvent ailleurs. Mais non seulement le citoyen devra soumettre tous ses actes aux décrets du souverain, ce qui est défendable, il devra encore y conformer ses pensées. Il y a, pour Rousseau, une profession de foi civile obligatoire pour tous : « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartiendra au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas; il peut le bannir non comme

(1) Op. Cit. II, 4.

(2) Op. Cit. II, 4.

(3) *Idem*, II, 4.

impie mais comme insociable, comme incapable d'aimer sérieusement les lois, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir ». Rousseau oublie trop que les lois concernant les opinions menacent, non les criminels, mais les hommes de caractère indépendant, qu'elles sont faites non pour contenir les méchants, mais pour irriter les plus honnêtes et qu'elles ne peuvent être maintenues en conséquence sans grand danger pour l'Etat » (1). Il est évidemment inutile de se demander quelle place une telle doctrine peut faire à l'insurrection.

L'aspect le plus odieux peut-être du système de Rousseau, c'est sa prétention au libéralisme. Le citoyen soumis à une discipline despotique qui contrôle tous ses actes et même ses pensées est libre, et c'est précisément le souverain qui le force à l'être en lui révélant son intérêt et ses véritables désirs : « Chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen ; son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun... Afin que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, sera contraint par tout le corps (2), ce qui ne signifie pas autre chose, sinon qu'on le forcera d'être libre ». L'antithèse finale est de la meilleure ironie ! Si les sujets peuvent se tromper, le souverain, lui, est infaillible et assurera la sauvegarde des intérêts des citoyens bien mieux qu'ils ne sauraient le faire eux-mêmes, car : « Le souverain n'étant formé que de particuliers qui le composent n'a, ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur : par conséquent, la puissance souveraine n'a nul besoin de garants envers les sujets, parce

(1) SPINOZA, *Traité Théologico-Politique*, Ch. XX.

(2) C. S. I, 7.

qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres; et nous verrons ci-après qu'il ne peut nuire à aucun en particulier, le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être » (1).

Les gouvernements démocratiques tyranniques sont un produit de l'imagination, avec d'aussi bonnes œillères. Rousseau, s'il était mort vingt ans plus tard, la guillotine ne l'eût pas convaincu.

Mais comment dégagera-t-on la volonté du souverain, la volonté générale? Comme on ne peut espérer obtenir une volonté unanime de la part des citoyens, la volonté générale se déterminera par la volonté de la majorité. « Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime, c'est le pacte social. Hors ce contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours les autres, c'est une suite du contrat même » (2). Ce n'est pas, pour Rousseau, un expédient mais, ainsi qu'on le voit, une conséquence même du pacte social dans lequel chacun a consenti à se soumettre à la volonté générale; cet abandon ne pouvant avoir qu'un sens, celui d'une soumission de chacun à la volonté du plus grand nombre. Mais cette soumission laisse intacte leur liberté, car ce n'est pas une minorité qui obéit à une majorité, en effet, « Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui... quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on demande aux citoyens, ce n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur. Chacun, en donnant son suffrage, dit son avis là-dessus, et du calcul des voix on tire la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m'étais

(1) C. S., I, 7.

(2) C. S., IV, 2

trompé et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eut emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu : c'est alors que je n'aurais pas été libre » (1).

Cependant, Rousseau reconnaît que seul l'acte de souveraineté s'impose sans réserve aux individus, ce qui exclut, dans une certaine mesure, l'arbitraire. « Ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté mais de magistrature » (2), et d'ailleurs : « on voit par là que le pouvoir souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent » (3); c'est en somme la tyrannie du pouvoir législatif à l'exclusion de toute autre qu'organise le philosophe de Genève.

D'une telle conception du Droit Naturel, il n'a rien à attendre puisque le souverain, par cela seul qu'il est, est ce qu'il doit être, toute résistance à sa volonté est criminelle. Les sujets seront donc contraints d'être « libres », et leur mauvais vouloir peut seul les empêcher d'apprécier tout le prix de cette « liberté ». La volonté générale est toujours juste, bonne et droite, et la majorité du peuple ne peut qu'expliquer cette volonté. A lire le Contrat Social on croirait parfois que Rousseau a voulu composer une de ces utopies dont le xviii^e Siècle a raffolé. Il ne restait à Rousseau qu'à diviniser l'Etat, et c'est à quoi Kant s'emploiera.

(1) Op. Cit., IV, 2.

(2) *Idem*, II, 67.

(3) *Idem*, II, 4.

PARAGRAPHE II. — *Kant.*

Dans ses *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* Kant expose une doctrine qui se rapproche singulièrement par son fondement et par ses conclusions de celle de Rousseau. Pour lui, il existe un critérium universel au moyen duquel on peut classer les phénomènes dans la catégorie du juste ou de l'injuste : « Est conforme au droit ou juste, toute action qui permet, ou dont la maxime permet au libre arbitre de chacun de s'accorder, suivant une loi générale, avec la liberté de tous » (1), d'où cette loi universelle du droit : « Agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant une loi générale » (2), mais « si on ne se propose point d'enseigner la vertu, mais seulement d'exposer ce qui est conforme au droit, on peut et l'on doit même s'abstenir de présenter cette loi du droit comme un motif d'action » (3), car le droit implique la faculté de contraindre. En effet, dès qu'un certain usage de la liberté est conforme à la loi de la liberté générale, il est juste. Tout ce qui y est contraire est, par là même, contraire à cette loi et, par conséquent, injuste. La résistance à cet obstacle est dès lors conforme au principe de la liberté générale et, par suite, est juste ; par conséquent, le droit implique, suivant le principe de contradiction, la faculté de contraindre celui qui y porte atteinte.

Mais il ne s'agit ici que du droit naturel, non du droit positif, c'est-à-dire de celui qui a directement sa source

(1) *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, traduction BARNI, éd. 1853, p. 44.

(2) *Op. Cit.*, p. 44.

(3) *Op. Cit.*, p. 45.

dans la raison, non de celui qui émane de la volonté de quelque législateur (1).

Il faut distinguer, dans le droit naturel, le droit inné que chacun tient de la nature même, et le droit acquis qui suppose quelque acte juridique, dans le droit acquis, le droit privé qui existe indépendamment de toute société civile ou politique, et le droit public qui préside à l'établissement et à l'organisation de cet état de société.

Le droit inné, ou ce que Kant appelle le mien et le tien intérieur, par opposition au mien et au tien extérieur qui est nécessairement acquis, ne donne lieu à aucune division, il est unique. Il n'est autre chose que cette liberté naturelle dont chaque homme est doué par cela seul qu'il est homme (2).

Mais il y a aussi des droits acquis, un mien et un tien extérieur qui s'appliquent à des objets distincts du sujet. Kant considère comme un postulat juridique de la raison pratique la possibilité de déclarer sien un objet extérieur quelconque (3). Ce mode de possession ne peut être réalisé que dans une société régie par un pouvoir législatif public, c'est-à-dire dans l'Etat civil. D'où la nécessité de sortir de l'Etat de nature pour entrer dans l'Etat juridique : « La première idée qu'on soit obligé d'admettre, si l'on ne veut pas renoncer à toute idée de droit, c'est ce principe, à savoir qu'il faut sortir de l'état de nature, où chacun agit à sa tête et s'unir à tous les autres (avec lesquels on ne peut éviter de se trouver en rapport) dans une soumission commune à une contrainte extérieure légale et publique, ou entrer dans un état dans lequel ce que chacun peut revendiquer comme sien soit légalement déterminé et lui soit assuré par un pouvoir suffisant, c'est-

(1) Cf. L. c., p. 54.

(2) L. c., p. 55.

(3) L. c., p. 66.

à-dire qu'il faut entrer avant tout dans l'Etat civil » (1). L'homme y accède volontairement à la suite d'un contrat : « L'acte par lequel le peuple se constitue lui-même en Etat ou plutôt la simple idée de cet acte, qui seule permet d'en concevoir la légitimité, est le contrat originaire en vertu duquel tous (omnes et singuli) dans le peuple déposent leur liberté extérieure, pour la reprendre aussitôt, comme membres d'une république, c'est-à-dire du peuple en tant qu'Etat (universi) » (2). C'est l'idée même de Rousseau que Kant a reprise et le même sophisme que nous retrouvons. « L'on ne peut pas dire que l'homme dans l'Etat ait sacrifié une partie de la liberté extérieure qui est innée en lui ; mais il a renoncé entièrement à la liberté sauvage et déréglée pour retrouver, dans une dépendance légale, c'est-à-dire dans un état juridique, sa liberté en général intacte, puisque cette dépendance résulte de sa propre volonté législative » (3), que l'homme ait renoncé à une forme sauvage et déréglée de sa liberté dans l'espoir d'en retrouver une autre soit, mais dire qu'il n'a consenti aucun sacrifice, puisque cette dépendance résulte de sa volonté législative, c'est confondre deux attitudes, deux situations différentes de l'individu en face de l'Etat : le citoyen qui collabore à la formation de la volonté législative et le sujet qui est soumis à cette volonté.

Non content d'affirmer la souveraineté sans limite de l'Etat, Kant en fait quelque chose de sacré, de divin et, par là, ouvre la voie à toutes les extravagances de la théorie de Hegel.

C'est tout d'abord l'origine de la toute-puissance étatique qu'il veut placer au-dessus de toute atteinte : « L'origine du pouvoir suprême est, pour le peuple qui y est

(1) L. c., p. 167.

(2) Op. Cit., p. 472.

(3) *Idem*.

soumis, une chose qui, au point de vue pratique, ne peut être scrutée, c'est-à-dire que le sujet ne doit pas discuter en fait cette origine, comme si le pouvoir qui en découle n'avait encore qu'un droit contestable à son obéissance. En effet, comme pour avoir le droit de juger le pouvoir suprême, il faut que le peuple ait déjà le caractère d'une association établie sous une volonté législative générale, il ne peut et ne doit juger autrement qu'il ne plaît au souverain actuel de l'Etat ». (1). Non seulement il faut obéir sans discussion, mais encore sans examiner si la personne qui ordonne a qualité pour le faire !...

Pour Kant, « Une loi qui est si sacrée, si inviolable, que c'est déjà un crime que de la mettre seulement en doute, au point de vue pratique, et par conséquent d'en suspendre un moment l'effet, ne semble pas venir des hommes, mais de quelque législateur suprême et infail-
lible, et c'est là ce que signifie cette maxime, que « toute autorité vient de Dieu ». Elle n'indique pas le fondement historique de la constitution civile, mais elle exprime une idée ou un principe pratique de la raison, à savoir qu'on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, quelle qu'en puisse être d'ailleurs l'origine » (2).

Le souverain n'a que des droits sur ses sujets et point de devoirs envers eux ; loin de concevoir l'organisation sociale comme le moyen le plus apte à favoriser le développement de l'individu, Kant fait de l'Etat une fin en soi.

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, la volonté législative de l'Etat qui est toute-puissante, mais aussi le pouvoir du régent : « Si l'organe du souverain, le régent, agit contrairement aux lois, si, par exemple, par les impôts, par les recrutements, etc., il viole la loi de l'égalité

(1) Op. Cit. p. 177.

(2) Op. Cit. p. 178.

dans la répartition des charges de l'Etat, alors les sujets peuvent bien opposer à cette injustice des plaintes, mais jamais la résistance » (1).

Kant va jusqu'à affirmer que le gouvernement parlementaire est un non sens. Quoi que l'on puisse penser par ailleurs de son excellence, il faut du moins convenir qu'il oppose une énergique barrière à la tyrannie du souverain : l'histoire de l'Angleterre est là pour en témoigner. C'est précisément du côté d'une bonne organisation constitutionnelle, profondément enracinée dans les mœurs, qu'il faut, nous semble-t-il, rechercher le remède à une tyrannie toujours possible, bien plus que dans la légitimation d'un droit d'insurrection.

« Le peuple qui est représenté par ses députés (dans le parlement, trouve dans ces gardiens de sa liberté et de ses droits des hommes qui s'intéressent vivement à leur propre position et à celle des membres de leur famille, dans l'armée, dans la marine, et dans les fonctions civiles, toutes choses dépendantes des ministres et qui (au lieu d'opposer une résistance aux prétentions du gouvernement, résistance dont la déclaration publique suppose déjà, d'ailleurs, dans le peuple un commun accord à ce sujet, lequel ne peut être permis en temps calme) sont toujours prêts, au contraire, à faire glisser le gouvernement dans leurs mains » (2). Qu'il y ait quelque chose de fondé dans cette vue pessimiste nous ne songeons pas à le nier, mais tirer de l'imperfection, voire de l'indignité possible des représentants la condamnation du système représentatif, c'est une conclusion un peu bien outrée.

Si la résistance à la tyrannie ne peut être recherchée dans une organisation libérale des pouvoirs de l'Etat, peut-on concevoir une loi qui autoriserait cette résistance

(1) L. c. p. 178.

(2) L. c. p. 179.

et rendrait légale l'insurrection ? Non, dit Kant, « Car pour que le peuple fut autorisé à la résistance, il faudrait, préalablement une loi publique qui la permit, c'est-à-dire qu'il faudrait que la législation souveraine contint une disposition d'après laquelle elle ne serait plus souveraine, et le peuple comme sujet, serait déclaré dans un seul et même jugement, le souverain de celui dont il est le sujet, ce qui est contradictoire » (1). C'est la condamnation de l'article 35 de la constitution de 1793, article qui, selon la forte parole de Boissy d'Anglas « avait organisé l'anarchie ». Que l'on désapprouve la doctrine politique de Kant et la condamnation qu'il porte contre l'insurrection, soit, mais l'on ne peut se défendre d'éprouver quelque étonnement à voir Kant attaqué pour avoir réprouvé le tyrannicide ou ses succédanés, c'est pourtant ce que semble faire M. Bion Smyrniades (2), qui s'indigne de ce que des exécutions telles que celles de Charles I^{er} et de Louis XVI soient tenues pour « un complet renversement des principes qui règlent les rapports entre le souverain et le peuple (celui-ci se constituant la moitié du premier, à la législation duquel il est redevable de son existence), en sorte que la violence marche le front haut et s'érige en principe au-dessus du droit le plus sacré » (3).

Kant veut bien, cependant reconnaître aux citoyens la liberté de penser et d'écrire, à condition que l'on ne cherche point à mettre en doute le fondement de l'autorité du souverain. Il est en cela plus libéral que Rousseau, qui aurait voulu instituer une sorte de catéchisme civil auquel on serait forcé de croire sous peine de bannissement; bien au contraire, pour lui il n'appartient pas au souve-

(1) L. c. p. 181.

(2) *Les doctrines de HOBBS, LOCKE, et KANT sur le droit d'insurrection*, Paris, 1921, p. 138.

(3) Op. Cit. p. 181. Note I).

rain de décréter que telle ou telle religion est religion d'Etat et que l'on ne doit pas (comme cela se pratique dans la Grande-Bretagne à l'égard des Irlandais), exclure les citoyens des services publics et des avantages qui en résultent parce qu'ils ont une religion différente de celle de la Cour » (1).

Il n'était vraiment pas nécessaire d'affirmer que tous les hommes ont le même droit inné, la même liberté, la même autonomie, qu'ils sont naturellement égaux entre eux et libres, que cette égale liberté « c'est l'indépendance qui fait que l'on ne peut être obligé par les autres à rien de plus qu'à ce à quoi on peut les obliger soi-même à son tour » (2), il n'était pas nécessaire d'afficher un individualisme aussi résolu pour conclure que l'Etat a tous les droits et les sujets aucun contre lui si ce n'est de manifester leur mécontentement par des mots... quand toutefois le souverain veut bien les tolérer.

PARAGRAPHE III. — *Théorie Libérale.*

Dans son ouvrage sur le gouvernement civil, Locke admet, comme le fera plus tard Rousseau, que l'organisation sociale est fondée sur un contrat et qu'elle a été précédée d'un état naturel où tous les hommes étaient égaux et libres. Contrairement à Hobbes, pour qui l'état de nature était un état de guerre perpétuelle, et se rapprochant, en cela de Grotius, Locke soutient que les hommes primitifs avaient une notion du juste et de l'injuste et qu'ils étaient dominés par une loi restrictive : la défense à un homme de détruire et d'asservir son semblable. Le fondement du droit des hommes n'est pas seulement

(1) Op. Cit. p. 256.

(2) Op. Cit. p. 55.

dans le contrat, avant celui-ci les hommes ont déjà des droits et des devoirs les uns envers les autres.

Les hommes vont s'unir parce qu'ils souhaitent « de composer un corps pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leur libertés et de leurs biens, choses que j'appelle par un nom général : propriétés » (1). Mais ces « Propriétés » existent déjà dans l'Etat de nature, ce qui manque, c'est simplement des lois pour en réglementer l'exercice, des juges pour statuer sur leurs violations. La fin de tout gouvernement, c'est de fournir aux hommes l'un et l'autre et d'assurer ainsi « la tranquillité, la sûreté, le bien du peuple ».

Locke évite l'absolutisme dans lequel tombera Rousseau par un tour ingénieux. Personne, pas même le pouvoir suprême : le pouvoir législatif ne peut porter atteinte aux droits naturels de l'homme : « Car ce pouvoir n'étant autre chose que le pouvoir de chaque membre de la société, remis à cette personne ou à cette assemblée qui est le législateur, ne saurait être plus grand que celui que toutes ces différentes personnes avaient dans l'état de nature » (2), personne, en effet, ne peut donner plus de pouvoir qu'il n'en a lui-même et « celui qui ne peut s'ôter la vie ne peut sans doute communiquer à un autre aucun droit sur elle » (3). Les hommes ne peuvent abandonner entièrement leurs droits entre les mains d'une personne ou d'une assemblée, car ce serait là un acte anti-naturel, l'auraient-ils fait d'ailleurs qu'ils auraient raison « de se délivrer de ceux qui violeraient, qui renverseraient la loi fondamentale, sacrée, inviolable sur laquelle serait appuyée la conservation de leur vie et de leurs biens » (4).

(1) *Du Gouvernement civil*, Ch. VIII, Paragr. I.

(2) *Op. Cit.* X, 2.

(3) *Op. Cit.* III, 2.

(4) *Op. Cit.* XII, 1.

Mais quelle sanction faut-il donner à ces droits ? Locke n'hésite pas à reconnaître aux sujets le droit de s'insurger contre les législateurs « s'ils venaient à être assez fous ou assez méchants pour former des desseins contre les libertés ou les biens propres des sujets » (1), car le peuple garde toujours le pouvoir souverain de se délivrer des entreprises de toute sorte de puissance. Toutes les fois que l'on emploie contre un homme la force injuste et illégitime, il a le droit de répondre par la violence, soit, mais qui sera juge de cette injustice ou de cette illégitimité ? Sera-ce l'intéressé lui-même ? C'est inadmissible. Un organe spécial de l'Etat ? C'est alors cet organe qui sera vraiment souverain et qu'est ce qui garantira son absolue impartialité ? De plus, c'est enlever indirectement toute garantie aux droits individuels, car c'est, en dernière analyse, l'Etat qui, dans ce système en serait le gardien. Reste le corps du peuple et c'est lui que Locke érige en défenseur des libertés publiques, la résistance est légitime écrit Locke ! (2). « Si le procédé injuste du prince ou du magistrat s'est étendu jusqu'au plus grand nombre des membres de la société, et attaqué le corps du peuple, ou si l'injustice ou l'oppression n'est tombée que sur peu de personnes, mais en regard de certaines choses qui sont de la dernière conséquence, en sorte que tous soient persuadés en leur conscience, que leurs lois, leurs biens, leurs libertés, leur vie sont en danger ».

On peut objecter que ce n'est jamais le « corps du peuple » qui prend l'initiative de l'insurrection. Celle-ci est le fait d'une minorité agissante, non de la foule qui se borne à suivre une initiative qu'elle ne saurait prendre. Une insurrection a plus ou moins de chances d'aboutir, non pas selon parce que sa cause est plus ou moins juste,

(1) Op. Cit., XII, 1.

(2) Op. Cit. XVII, 11.

mais si ceux qui la fomentent sont plus ou moins habiles. Le « corps du peuple » est un bien mauvais juge, sujet à tous les entraînements, à toutes les suggestions. Devra-t-on dire que l'Etat doit tolérer toutes les provocations à la violence ? Sinon lesquelles devra-t-il réprimer ? Une insurrection n'éclate pas sans préparation, elle est nécessairement précédée d'une période de gestation pendant laquelle l'Etat ne reste pas, ne peut pas rester inactif. Que la crainte d'une révolution soit pour les gouvernants le commencement de la sagesse, ce n'est pas douteux. Qu'en fait ce soit cette crainte qui constitue la meilleure garantie des libertés publiques, c'est difficilement contestable ; mais de là à dire que le recours à la violence soit un droit, il y a loin. Mais, d'autre part, si l'on refuse cette faculté aux citoyens, à quoi bon leur reconnaître des droits si on ne leur donne pas le moyen de s'en assurer la jouissance ? C'est le dilemme auquel se heurte toute théorie fondée sur l'existence de droits individuels, étrangers par leur origine à l'Etat et qui s'imposent à lui. Ou bien on reconnaît au peuple la jouissance et l'exercice de ces droits et l'on ne peut éviter d'aboutir à des conclusions incompatibles avec l'idée de souveraineté, ou bien l'on se borne à reconnaître au peuple la jouissance seule de ces droits sans lui accorder la faculté de les exercer contre l'Etat, et alors ces droits sont à la merci des gouvernants. On aboutit ainsi à une obligation de caractère moral, obligation sans sanction que l'Etat devrait respecter mais qu'il violera impunément s'il lui prend fantaisie de le faire, autant du moins que ses sujets respecteront ses décisions, ce qu'ils ont le devoir de faire. L'Etat a droit à l'obéissance de tous, même lorsqu'il viole le droit, il a donc en quelque sorte le droit de le violer.

« C'est une vérité inébranlable, écrit Seydel, il n'y a pas de droit sans le souverain, au-dessus du souverain, il n'y a de droit que par le souverain », dès qu'on rejette

cette idée, on tombe fatalement dans l'anarchie ou la contradiction, toute distinction entre le droit et la morale devient impossible.

On a reproché à la théorie allemande qui veut voir dans le droit, une création de l'Etat d'être destructive des libertés individuelles ; mais ne pourrait-on pas faire le même reproche à la théorie du droit naturel, au moins à certaines de ses expressions ? Si l'Etat entreprend de créer le droit arbitrairement et dans son seul intérêt, il devient immoral ; mais qui a-t-il là d'étonnant ? N'en est-il pas de même en droit privé ? Assez d'aigrefins emploient toute leur activité à tourner la loi sans la violer, à réaliser des fins que la morale réprouve, sans encourir jamais aucune sanction juridique, on n'en conclue pourtant pas que les tribunaux doivent juger selon l'équité sans se soucier de la loi. Lorsque l'on est victime de semblables individus, on peut avoir pour soi la justice, on en est pas moins tenu juridiquement de s'acquitter d'une obligation inique. Si l'Etat abuse de son pouvoir, les sujets se trouvent en face d'une situation identique, et au point de vue étroit qui est nécessairement celui du juriste, ils sont tenus de se soumettre à une loi injuste qu'ils n'ont aucun moyen de faire tomber. Est-ce à dire qu'ils doivent se soumettre passivement au bon plaisir du souverain ? Evidemment non. La résistance passive est toujours possible, mais il ne faut point se faire d'illusions sur son efficacité. Pour aboutir, elle devrait être entreprise non par quelques individus isolés, mais par la masse de la nation et cette condition en fait ne sera jamais réalisée. Le peuple est aisément capable de mouvements violents et d'enthousiasmes passagers, mais non de ténacité et de clairvoyance. La non collaboration prêchée par Gandi, implique de la part des sujets une volonté de liberté, une maîtrise, une organisation bien difficiles à créer. Le droit est la chose du monde dont la foule se soucie le moins, et un gouvernement un peu populaire peut,

tout à son aise, le violer aussi souvent qu'il lui plaît, sans compromettre sa popularité. Si, en 1830, une violation de la Charte a suffi pour provoquer une catastrophe, c'est que celle-ci couvrait depuis longtemps déjà. L'inconstitutionnalité des Ordonnances a fourni une bonne formule, un drapeau et rien de plus. Il est bien inutile de dire qu'il faut reconnaître au peuple le droit de s'insurger si l'Etat viole le droit, car le peuple ne s'insurge jamais pour cela. L'illégalité d'une loi, son incompatibilité avec la constitution en vigueur, est un problème qui peut intéresser un professionnel, mais qui ne fera prendre les armes à personne. Ce vieux cliché : « Faites-moi de la bonne administration et je vous ferai de la bonne politique », signifie surtout : faites-moi de la bonne administration et le peuple se moquera de ma politique..... en quoi, sans doute, il aura raison.

Avec M. Esmein on abandonne l'hypothèse d'un état de nature et d'un contrat social, hypothèses sur laquelle toutes les théories précédentes étaient fondées.

Aux droits individuels, M. Esmein cherche un autre fondement « il se trouve dans cette idée..... que la source de tout droit est dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable » (1). Pour lui « le contrat social n'est qu'une fiction juridique destinée à traduire une idée juste d'ailleurs, à savoir : que le droit public comme le droit privé a son point de départ dans l'individu moralement libre, raisonnable et responsable » (2). Il reproche justement à la fiction du contrat social de présenter deux inconvénients : « En premier lieu, quoique prenant pour point de départ le droit individuel, elle le sacrifie en définitive puisqu'elle aboutit à une aliénation de l'individu et de ses droits au profit de la communauté, secondement, elle

(1) *Eléments de Droit Constitutionnel*, 7^{me} éd. I, 542.

(2) *Op. Cit.* I, 290.

fait reposer les droits de l'individu sur une indépendance première et absolue, résultant de l'état de nature. Or, l'état de nature aussi bien que le contrat social proprement dit, sont des hypothèses historiques contraires aux données de l'histoire et de la sociologie » (1).

Le libéralisme de M. Esmein est tout entier fondé sur cette idée de bon sens que la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce, n'existent que dans l'intérêt de tous les membres qui composent la nation. Et « le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres : et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même, spontanément à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or, assurer ce libre développement, c'est précisément le but des diverses libertés qui constituent les droits individuels : en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle et l'Etat perdrait sa première et principale raison d'être » (2).

Non seulement l'Etat doit s'abstenir de tous actes qui porteraient atteinte à ces droits fondamentaux, il doit aussi en assurer efficacement la jouissance (3).

Mais contrairement à ce que nous avons vu chez Locke, il n'y a ici pour l'Etat, qu'une obligation sans sanction : « Une loi qui supprimerait ou entamerait ma liberté ou l'un des droits garantis par la Constitution ne serait pas nulle pour cela. Incontestablement, elle n'aurait pas dû être votée par le corps législatif qui, en l'adoptant, a violé la Constitution. Mais une fois votée, elle devient cependant obligatoire, et ni le pouvoir exécutif ni le pouvoir judiciaire

(1) Op. Cit. I, 290.

(2) I, 543.

(3) Cf. Op. Cit. I. 33.

ne pourraient refuser d'en faire l'application » (1), à plus forte raison les citoyens ne pourront-ils s'opposer par la force à son exécution. Ce n'est pas là seulement une conclusion imposée à l'auteur par notre système politique qui ne connaît point de tribunaux constitutionnels, conclusion qu'il déplorerait, non, car « une réflexion peut rassurer ceux qui trouveraient trop précaire la sûreté que notre système donne aux droits individuels. Il n'y a pas de pays au monde où ces droits paraissent et à juste titre, mieux assurés qu'en Angleterre, et pourtant le Parlement anglais est absolument souverain, et peut librement légiférer en toutes matières. La meilleure garantie à cet égard se trouve dans les mœurs, dans l'esprit national et peut-être aussi dans l'institution des deux Chambres » (2).

Parlant de l'article 35 de la Constitution de 1793, M. Esmein écrit : « Il est difficile de concevoir une maxime dissolvante de la société politique, surtout lorsque l'on songe que d'après elle, le peuple serait le seul juge de savoir si ses droits sont violés (3). Il ne veut même pas reconnaître le droit à la résistance passive. Commentant une phrase de Hobbes, il ajoute : « Il est une autre erreur qui n'est point neuve et qui, quoique plus pacifique, est également incompatible avec l'ordre politique. C'est celle qui consiste à proclamer que le citoyen, sans s'insurger par la violence, peut refuser de reconnaître les lois de son pays, surtout dans un pays libre où l'on peut toujours espérer conquérir l'opinion politique pour obtenir l'abrogation ou la modification de celles qui vous blessent. Hobbes disait que ceux qui professent l'erreur signalée, supprimaient autant qu'il est en eux la société humaine » (4).

(1) I, 563.

(2) I, 563.

(3) II, 534.

(4) II, 534.

On voit donc que, dans ce système, les droits individuels sont dépourvus de toute sanction, et l'on comprend mal comment M. Esmein, qui a écrit ailleurs : « sans doute certains théoriciens négligent cette contrainte légitime comme irrélevante, le droit pouvant exister sans elle. Mais je crois, au contraire, qu'elle est un caractère du droit proprement dit, du droit humain distinct de la morale et de la religion » (1), on comprend mal comment le savant auteur qui dénie ainsi le caractère juridique aux règles dépourvues de sanction, ait pu parler de droits individuels qui s'imposent au respect de l'État, alors que celui-ci détient tout pouvoir de contrainte et ne saurait en faire usage contre lui-même.

Le libéralisme de M. Esmein est tout théorique, certes il affirme que la souveraineté de l'État connaît des limites, mais il refuse aux citoyens le droit d'assurer, au besoin par la force, le respect de ces limites. A quoi sert de reconnaître à l'individu des droits, si nul juge ne lui en peut garantir l'exercice et s'il n'est pas admis à les faire valoir lui-même ? C'est pourquoi tout en souscrivant à des conclusions qu'il est difficile d'éviter, si l'on ne veut pas tomber dans les exagérations des théories anarchistes, nous croyons qu'il est plus simple de renoncer à voir, dans des droits que l'individu apporterait en naissant et qu'il ne tiendrait de nulle puissance extérieure, le fondement des libertés publiques nécessaires à la vie et au développement d'un peuple.

PARAGRAPHE IV. — *Les Anarchistes.*

La source de tout droit est dans l'individu, puisque lui seul est un être réel, libre et responsable, écrit M. Esmein ; c'est d'une idée presque identique que Stiner

(1) I, 38.

lirera toute sa théorie qui causa, en Allemagne, en 1845, un si beau scandale. « Toi, oui, tu as un corps, toi aussi, toi aussi, mais tous ensemble, vous êtes des corps, vous n'êtes pas un corps. Par conséquent la société une a des corps à son service, mais elle n'a pas un corps, un, en propre. Comme la « nation » des politiques, elle n'est rien qu'« esprit », le corps en elle n'est qu'une apparence » (1). C'est à cette apparence que les hommes se sacrifient, qu'on leur demande de se sacrifier. « Considérer un peuple défendu par des patriotes à toute épreuve. Les patriotes tombent dans des combats sanglants ou dans la lutte avec la faim et la misère. La nation est satisfaite. L'engrais de leurs cadavres en fait une « nation florissante » ! Les individus sont morts pour « la grande cause de la nation ». La nation leur envoie quelques mots de reconnaissance et a tout le profit de l'affaire. J'appelle cela un égoïsme lucratif » (2).

L'Etat est le plus beau type de l'égoïsme individuel et ce serait un leurre de croire, en nos temps où le gouvernement se proclame émané du peuple, que les deux volontés populaire et gouvernementale soient coïncidentes. Il est manifeste que l'Etat a une volonté distincte, absolument propre et d'autant plus puissante qu'elle est plus individuelle ; derrière le concept de l'Etat il y a des oligargues qui lui donnent sa vie réelle. (On trouve de singulières ressemblances entre les idées de Max Stiner et celles de M. Duguit sur l'Etat !).

L'Etat ne sert d'autre cause que la sienne, il ne connaît que sa fin. « Mais voyez pourtant ce Sultan qui a un tel souci des « siens ». N'est-il pas le désintéressement incarné et ne se sacrifie-t-il pas à toute heure pour les siens ? Parfaitement, pour les « siens ». Fais-en l'épreuve,

(1) STINER: *L'Unique et sa propriété*, traduct. H. LASVIGNES, p. 143.

(2) Op. Cit. p. 3.

manifeste-toi non comme sien, mais comme tien: tu seras jeté aux fers pour t'être soustrait à son égoïsme. Le Sultan n'a mis sa cause en rien autre chose qu'en lui-même : il est à lui-même tout dans tout et ne souffre personne qui oserait ne pas être des siens » (1).

En face de cet égoïsme, Stiner élève le sien : « l'Etat existe en soi et pour soi! Eh bien je prétends aussi exister en moi et pour moi. A son absolu j'oppose mon absolu, comme je fais, d'ailleurs, pour tous les autres concepts qui prétendent m'asservir de la même façon ». L'individu, pour l'Etat, est un instrument docile par respect, soumis par dressage. Cette docilité et ce respect sont nécessaires à la marche de la grande machine sociale. Il lui faut que chaque individu, chaque rouage fonctionne sans heurt ni grincement et poursuive non sa fin propre, mais sa fonction.

La culture du respect, voilà la grande affaire de l'Etat. Il a placé à toutes les avenues de l'existence des fantômes, « des personnalités de respect ». Le respect est une puissance encore plus formidable que la crainte, « car l'être redouté est devenu une puissance intérieure à laquelle je ne puis plus me soustraire; je l'honore, je suis pris par lui, je lui suis soumis, je lui appartiens par l'honneur que je lui paie en tribut, je suis complètement en son pouvoir et je ne tente même pas de m'en affranchir » (2).

Tout l'effort de l'Etat tend à abolir la personnalité de l'individu, à en faire un citoyen. L'Etat ne reconnaît qu'à lui-même le droit d'être un Moi « Cette peau de lion du Moi, l'Etat, ce mangeur de chardons, s'en empare et fait le beau avec ». « Etant à moi-même mon Etat, je pratique la Raison d'Etat... Mais il n'est pas à craindre que je me

(1) Op. Cit. p. 3.

(2) Op. Cit. p. 87.

précipite tête baissée contre la muraille de l'Etat: ce serait me ruer au suicide, ébranler peut-être l'Etat, mais pour d'autres qui viendraient après moi, or je ne connais pas les autres, je suis unique. Je ne m'inquiète que de moi-même. L'important à mes yeux c'est de faire que cette muraille n'existe pas pour moi, je la minerais si je ne puis tenter l'assaut, ma préoccupation de tous les instants sera de manifester ma volonté et mon existence en tous sens » (1).

Stiner ne revendique pas de droits car les droits sont octroyés ou reconnus, ce qui suppose une possibilité de refus ou de non reconnaissance (2). Bien plus, ces reconnaissances sont de nulle utilité: « Certes beaucoup de privilèges ont été extirpés avec le temps, mais exclusivement au profit du bien commun, de l'Etat et du bien de l'Etat, et pas du tout pour fortifier mon moi... Liberté du peuple n'est pas ma liberté... Un peuple ne peut être qu'aux dépens de l'individu; car ce n'est pas l'individu qui, dans cette liberté est la chose essentielle, mais le peuple. Plus libre est le peuple, plus esclave est l'individu: c'est précisément à l'époque de la plus grande liberté que le peuple athénien créa l'ostracisme, bannit les athées, et fit mourir par la ciguë le plus pur des penseurs » (3).

Ce qui distingue profondément Stiner des autres théoriciens de l'anarchisme, c'est son refus de reconnaître le fait social, sa conception de l'altruisme: une duperie. L'individu doit supprimer en lui, autant qu'il est en son pouvoir, la société humaine: « Je contourne les lois d'un peuple jusqu'à ce que j'ai pu rassembler mes forces pour les renverser ». C'est l'insurrection endémique qu'il prêche, insurrection contre toutes ces « personnalités de res-

(1) Préface de H. LASVIGNES, p. 22.

(2) Cf. Op. Cit. p. 162.

(3) Op. Cit. p. 266 et 267.

pect » qui entravent l'éclosion et le libre développement de « l'Unique » : du Moi.

C'est là la forme philosophique, littéraire de la doctrine.

La forme politique, l'anarchisme de Kropotkine, de Bakounine, de Reclus, est d'une toute autre sorte. On y trouve bien, à la base la même exaltation des droits individuels, mais elle repose sur une conception précisément contraire à celle de Stiner. Pour lui, nous l'avons vu, chaque homme est unique et ne doit consulter d'autres règles que son égoïsme, tandis que les anarchistes politiques voient, dans chaque individu, un élément de quelque chose de supérieur à l'homme : l'humanité. Là, nous trouvons une doctrine qui, loin d'être égoïste, est profondément imprégnée d'altruisme. Loin de chercher à nous servir de nos semblables, il faut les traiter comme nous souhaiterions l'être par eux. « Je ne suis vraiment libre que lorsque tous les êtres humains qui m'entourent, hommes et femmes, sont également libres. La liberté d'autrui, loin d'être une limite ou la négation de ma liberté, en est au contraire la condition nécessaire et la confirmation » (1). Pour Bakounine, le fondement de toute morale est le respect humain : une « personnalité de respect », aurait dit Stiner.

A l'exaltation de la liberté individuelle, correspond la haine de toute autorité. Toute autorité exercée par un homme sur une autre est une exploitation de l'homme par l'homme, une diminution dans l'homme de son humanité. L'Etat est l'autorité qui résume toutes les autres, il est le mal, car le but de l'humanité c'est la liberté, or, la force est la négation permanente de la liberté, et l'Etat c'est « l'ostentation et l'infatuation de la force ».

(1) BAKOUNINE, *Œuvres* I, 281.

Si l'on veut résumer la doctrine anarchiste, on voit qu'elle se réduit à peu près à ceci : élimination de l'autorité sous toutes ses formes, politiques, spirituelles, économiques; dissolution des gouvernements dans les organismes naturels; le contrat libre, perpétuellement révoquable, se substituant à la souveraineté; le travail non soumis à des forces étrangères, mais l'homme s'organisant, vivant en toute indépendance, produisant, selon ses facultés, consommant selon ses besoins; tous les citoyens contractant librement non avec le gouvernement, mais entre eux.

On trouve, chez la plupart des écrivains anarchistes, une conception très forte de la solidarité. Le caractère social de l'homme ne leur a point échappé à tous ainsi qu'à Stiner. L'homme pour eux n'a pas créé la société, elle est aussi ancienne que lui. La vie sociale est la conséquence d'un instinct profond: l'instinct de sociabilité, qui pousse les hommes à coopérer avec leurs semblables, à les secourir, à se grouper entre eux. L'Etat, loin de contribuer à développer cet instinct en entrave l'essor par ses lois et ses réglementations rigides : « Le fait seul d'avoir constitué, réglementé, codifié, flanqué de contraintes, d'amendes, de gendarmes et de geôliers, l'ensemble plus ou moins incohérent des conceptions politiques, religieuses, morales et sociales d'aujourd'hui, pour les imposer aux hommes de demain, ce fait absurde en soi, ne peut avoir que des conséquences contradictoires. La vie, toujours imprévue, toujours renouvelée, ne peut s'accorder de conditions élaborées par un temps qui n'est plus » (1).

Il n'est pas possible de discuter des conceptions aussi absolues, la seule chose qu'on puisse dire, c'est qu'elles

(1) ELISÉE RECLUS, I. c. 108, 109.

méconnaissent deux faits indéniables. Stiner ne veut voir dans l'homme que le côté individuel et néglige son caractère social, grave lacune qui ôte toute valeur à son système, par certains côtés des plus prenants. Il se refuse à voir que l'homme est à la fois individu et social, qu'il ne peut pas vivre sans les autres et que les autres ne peuvent pas vivre sans lui, il ne perçoit pas l'obligation qui s'impose à lui de coopérer à la solidarité sociale.

C'est la méconnaissance d'un autre fait non moins évident que nous reprocherons à l'anarchisme de Bakounine ou de Reclus: la différenciation qui s'opère entre les hommes vivant en société. Cette différenciation, les sociologues l'ont mise en évidence avec une clarté qui dispense d'insister. Elle est la base de la solidarité par division du travail et la base aussi de l'Etat. « Si l'on observe tous les groupes sociaux... les plus primitifs et les plus simples, comme les plus civilisés et les plus complexes, on trouve toujours un seul fait, des individus plus forts que les autres, qui veulent imposer leur volonté aux autres » (1). Ce fait on le trouvera toujours; espérer qu'une révolution y changera quelque chose est bien chimérique. Les anarchistes reprochent à tous les facteurs de révolutions de n'avoir renversé un gouvernement que pour en établir un autre: c'est sans doute qu'il n'en pouvait être autrement. Il y aura toujours, et les déclamations n'y feront rien, des individus plus forts et d'autres plus faibles, des individus qui commandent et d'autres qui obéissent.

PARAGRAPHE V. — *Ce qu'il faut penser de la théorie du Droit naturel.*

« La doctrine qui prétend limiter l'Etat par un principe de droit naturel est dénuée de valeur juridique :

(1) DUGUIT, *L'Etat*, I, 242.

car les auteurs qui soutiennent cette doctrine, n'essayent même pas d'indiquer quelle est l'organisation juridique qui pourrait assurer la réalisation positive du droit naturel » (1). Si l'Etat a le devoir de reconnaître une règle de droit supérieure à sa volonté, son intervention n'en demeure pas moins nécessaire pour faire passer cette règle idéale dans le domaine des réalités juridiques positives, sans la volonté et la puissance de l'Etat, il ne peut donc se former de droit proprement dit. « Les droits de l'homme et du citoyen », proclamés par la Déclaration de 1789, « n'acquièrent de valeur juridique proprement dite qu'à la condition d'avoir été déclarés, c'est-à-dire reconnus et consacrés par la loi, et, en tous cas, c'est à la loi qu'il appartient d'en fixer les conditions d'exercice, d'en régler la mise en œuvre et d'en assurer la sanction positive » (2). Bien plus, il est impossible de concevoir l'existence d'un véritable droit naturel. « Cette dernière expression renferme visiblement une contradiction *in adjecto*: une règle qui tire son origine de l'ordre naturel des choses, ne peut être qualifiée de règle de droit, tant qu'elle n'est pas entrée dans l'ordre juridique en vigueur ; et inversement on ne peut la qualifier de règle naturelle, à partir du moment où elle est devenue règle de droit » (3). Confondre les préceptes supérieurs dont la loi doit s'inspirer et la force juridique inhérente à la législation positive, c'est, comme le dit M. Esmein, « brouiller les catégories ».

M. Duguit a développé, dans son *Traité du Droit Constitutionnel* (4), une critique pénétrante et définitive de la théorie du droit naturel ; nous ne pouvons mieux faire, pour clore ce chapitre, que d'en citer les pas-

(1) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, 241.

(2) CARRÉ DE MALBERG, *Op. Cit.*, I, 236.

(3) CARRÉ DE MALBERG, *Op. Cit.* I, 239.

(4) 2^{me} éd., I, 122.

sages essentiels : « Quelle que soit la diversité des doctrines, toutes s'accordent finalement pour reconnaître que le droit subjectif... implique nécessairement trois éléments : un sujet qui veut, un objet qui est voulu par le sujet et un sujet contre lequel cet objet est voulu. En faisant abstraction de l'objet, il faut dire, suivant la formule traditionnelle, que le droit subjectif implique un sujet actif et un sujet passif. En conséquence, si l'on prend l'homme isolé et séparé de ses semblables, il ne peut pas avoir de droit subjectif, il ne peut pas naître avec des droits. L'homme ne peut apporter, dans la société, des droits qu'il n'a pas, qu'il ne peut pas avoir avant d'entrer dans la société... Tant qu'il ne fait pas partie d'une société, l'homme peut avoir des pouvoirs de fait; il n'a pas, il ne peut pas avoir de droits, puisqu'il manque un des éléments essentiels de tout droit, le sujet passif ».

CHAPITRE III

LE DROIT OBJECTIF (1)

Les théoriciens du droit naturel avaient cherché en-dehors de l'Etat le fondement de certains droits « inaliénables et imprescriptibles », les mêmes dans tous les temps et dans tous les pays, que l'homme tiendrait de sa qualité et de sa dignité d'homme et qu'il pourrait au besoin faire valoir contre l'Etat. Mais en dehors de quelques grands principes, que l'on jugeait indispensables à l'organisation de tout ordre social, on voyait dans l'Etat le créateur du droit. Créer le droit était considéré comme sa fonction essentielle; la réglementation de l'usage des droits naturels lui était même confiée.

Au contraire, le propre de la théorie sociologique, dont M. Duguit a formulé toutes les conséquences juridiques, c'est de refuser tout rôle à l'Etat dans l'élaboration

(1) Il convient de rapprocher du système de M. DUGUIT, celui de M. KELSEN, bien que celui-ci ait quelque attache avec l'école allemande, en particulier avec SEYDEL, ainsi qu'il résulte de ce passage: « Il n'est pas nécessaire que les sujets passifs des règles de droit, c'est-à-dire, le peuple, aient, en même temps que des obligations, des droits subjectifs..... Il n'est pas essentiel à l'idée de l'ordre étatique qu'il fasse la moindre place à l'autonomie de la volonté..... Il n'est même pas nécessaire à l'ordre étatique qu'il organise la protection de l'individu... ». (Pour plus de développements (Cf) *La Revue du Droit Public* 1926, fascicule 4, dont est extrait ce passage caractéristique).

et la naissance du droit. Le droit devient, dans cette théorie, une production sociale à laquelle l'Etat demeure étranger ; l'Etat ou plutôt les gouvernants, car on voit que pour M. Duguit, l'Etat est un « néant juridique ». Il n'y a ni Etat, ni Souveraineté : « Une seule chose existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés ; on ne trouvera pas autre chose, dans une société étatique quelle qu'elle soit, que les volontés individuelles des gouvernants et les volontés individuelles des gouvernés (1). « L'Etat est, dit-on, la société politiquement organisée. Sans doute, mais qu'y a-t-il derrière cette vague formule ? Toujours et tout simplement une distinction entre les forts et les faibles, une différenciation entre gouvernants et gouvernés. Volonté une et collective, souveraineté nationale, souveraineté politique de l'Etat, mots sans valeur qui ne servent qu'à voiler la brutalité des faits et l'arbitraire de la force » (2). Il n'y a pas de volonté de l'Etat qui s'impose aux volontés individuelles, la volonté de l'Etat n'est pas une et d'essence supérieure à la volonté de chacun, elle est tout simplement la volonté de ceux qui sont au pouvoir qui, plus forts, ont réussi à commander aux plus faibles.

Refusant toute personnalité à l'Etat, voyant derrière un concept vide des hommes plus forts qui commandent, parce qu'ils sont les plus forts et seulement pour cela, M. Duguit ne pouvait chercher, du côté de l'Etat, le fondement du droit. Le gouvernement est un pouvoir de fait étranger au droit, qui n'est pas légitime par son origine, mais qui le devient par son exercice. La règle de droit est sociale. Elle est une conséquence de la double solidarité qui unit les hommes, de la conscience qu'ont les hommes de cette solidarité.

(1) *L'Etat*, I. 242.

(2) *Op. Cit.* I. 255.

« L'homme n'est homme que par la solidarité qui l'unit à ses semblables; l'homme ne peut vivre que par cette solidarité; l'homme ne peut arriver à diminuer la somme des souffrances qui l'opressent que par cette solidarité. Par suite, tout acte de volonté individuelle qui tend à réaliser cette solidarité, doit forcément s'imposer au respect de tout homme » (1). De là cette première règle de conduite: respecte tout acte de volonté individuelle conforme à la double solidarité sociale, solidarité par similitude et solidarité par division du travail.

Mais si tout individu a le devoir de respecter un acte conforme à la solidarité sociale, il a aussi le droit de s'opposer à la réalisation de tout acte contraire à cette solidarité. « La notion d'une seconde règle de conduite est donc sortie logiquement de la première: tout individu doit s'abstenir de tout acte qui serait déterminé par un but contraire à la solidarité sociale » (2).

Ces deux règles ne sont que l'application d'une autre plus générale dont peu à peu les hommes ont eu conscience: « Si l'homme est obligé de respecter tout acte fait dans un but de solidarité, s'il est obligé de ne faire aucun acte qui ne soit déterminé par un but de solidarité, c'est évidemment parce qu'il est obligé d'agir conformément à la solidarité sociale » (3).

Cette règle de conduite est sociale par son fondement; elle n'existe que parce que les hommes vivent en société; mais elle est en même temps individuelle puisqu'elle est et ne peut être qu'un concept individuel et parce qu'elle ne s'applique qu'à des individus.

Cette règle de conduite n'est pas absolue et immuable, elle varie avec le temps et avec les pays, son fondement

(1) Op. Cit. I. 84.

(2) Op. Cit. I. 87.

(3) Op. Cit. I. 89.

seul reste le même. Elle n'est pas un idéal souvent méconnu et obscurci, mais toujours vivant, auquel doivent aspirer toutes les sociétés humaines, qui sont d'autant plus civilisées qu'elles s'en rapprochent davantage. Cette règle de conduite, ainsi comprise, est une règle de droit et non de morale, car la morale est un principe permettant d'apprécier la valeur d'un acte pris en lui-même, un critérium qui permet de dire : « Tel acte est bon en soi ». « Or, dans la règle dont nous avons déterminé le fondement et la formule, nous ne pouvons pas trouver la mesure de la qualité d'un acte. Nous ne disons pas : l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce que cette coopération est bonne en soi ; mais l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce qu'il est homme, et que, comme tel, il ne peut vivre que par la solidarité sociale » (1). Cette règle d'action ne donne pas le moyen de juger de la qualité intrinsèque d'un acte, mais seulement de sa qualité sociale.

Cette règle impose aux hommes des actions différentes, car les hommes ont des aptitudes diverses, et ce sont ces aptitudes qu'ils doivent mettre au service de la solidarité. « Le principe de l'obligation est le même pour tous ; les applications en sont différentes pour chacun ». Mais si la règle de conduite est individuelle et diverse, elle est aussi générale, dès lors si dans un groupe social il y a des individus plus forts que les autres, soit parce qu'ils disposent d'une force matérielle de contrainte, soit parce qu'ils sont appuyés par le consentement d'une majorité, la règle de conduite s'applique aussi bien à eux qu'aux plus faibles. Dans les sociétés où cette différenciation s'est opérée, où elle présente certains caractères de stabilité, on dit qu'il y a autorité politique, que ces sociétés sont des

(1) Op. Cit. I. 104.

états. Dans ces sociétés, les plus forts, les gouvernants sont astreints aux mêmes devoirs, aux mêmes abstentions que les gouvernés. La règle de conduite impose, même aux gouvernants, un plus grand nombre de devoirs, car ils disposent d'une plus grande force, ils peuvent davantage pour la réalisation de la solidarité.

C'est là, pour M. Duguit le principe de la limitation positive et négative de l'Etat. La règle de droit étrangère à l'Etat, ne lui devant rien, peut s'imposer à lui avec autant de force qu'aux sujets eux-mêmes. La puissance d'état n'est pas, en soi, légitime, mais elle le devient si elle est mise au service de la règle de droit, la volonté des gouvernants n'est une volonté juridique pouvant s'imposer par la contrainte que lorsqu'elle se manifeste dans les limites qui lui sont tracées par la règle de droit. « Accompli en-dehors de la règle de droit, l'acte étatique serait un simple fait, le plus souvent un acte de violence tyrannique, jamais un acte de droit, et obéissance ne lui sera point due » (1). L'Etat n'est point, en effet, la collectivité personnifiée, il n'existe que par les gouvernants, qui sont des individus et, comme tels, soumis à la règle de droit.

Le droit naturel n'avait su imposer à l'Etat que des devoirs négatifs; la règle de droit telle que la conçoit M. Duguit est, au contraire, pour les gouvernants, la source de devoirs objectifs positifs. « Tout particulier est juridiquement astreint à employer ses aptitudes propres à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes. Les gouvernants sont donc eux aussi, puisqu'ils sont soumis à la règle de droit, obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité sociale » (2). L'individu ne peut être tenu de respecter la volonté des gouvernants quand cette volonté n'est pas conforme au droit, car « les

(1) Op. Cit. I. 260.

(2) Op. Cit. I. 263.

gouvernants, comme les individus, sont soumis au droit, ils ne peuvent s'y soustraire en acquérant le monopole de la force » (1). Mais, « Faut-il aller plus loin, les gouvernés ont-ils le pouvoir juridique d'opposer la force à la force, lorsque les gouvernants font des actes de contrainte contraires au droit ? Il n'y aura de véritable sanction aux devoirs objectifs de l'Etat, que si l'on va jusque là, jusqu'au droit à l'insurrection. Tout gouvernement, quel qu'il soit, qui emploie la force dont il dispose contre le droit, est un gouvernement oppresseur, et les gouvernés opprimés ont le droit et le pouvoir juridique de le renverser par la force... Un gouvernement tyrannique est une force brutale, toute force qui s'élève contre lui, dans le but d'assurer le respect du droit est parfaitement légitime, puisqu'elle est déterminée dans un but de solidarité sociale » (2).

Cependant, après avoir reconnu de façon aussi formelle le droit d'insurrection, M. Duguit fait des réserves sur la façon dont il convient d'user de ce droit. « Nous accordons qu'en pratique, l'exercice d'un pareil pouvoir présente de grands dangers » ! N'est-ce pas ouvrir toute grande la porte aux démagogues, aux ambitieux, aux professionnels de l'émeute » qui, sous couleur de défendre le droit des individus opprimés n'ont, au fond, d'autre but que de profiter personnellement des troubles qu'ils provoquent ? » (3). C'est pourquoi la sanction pratique des devoirs de l'Etat ne peut se trouver que dans une certaine organisation du pouvoir politique. L'Etat a l'obligation de s'organiser lui-même de façon à garantir autant que possible l'individu contre la force matérielle ». C'est la doctrine allemande de l'auto-limitation transposée avec cette

(1) Op. Cit. I. 397.

(2) Op. Cit. I. 312 et 5.

(3) Op. Cit. 387.

différence capitale à la vérité, que, pour Jhering, l'Etat se limite parce qu'il le veut bien, parce qu'il a constaté qu'il était mieux obéi quand il le faisait et que, pour M. Duguit, c'est pour l'Etat une obligation de caractère juridique.

Ce n'est pas seulement la règle de droit qui s'impose aux gouvernants, comme aux gouvernés, le droit positif, la loi est obligatoire pour ceux-là comme pour ceux-ci. En effet, la loi est formée de deux éléments : une partie normative qui contient l'énoncé de la règle de droit obligatoire déjà par elle-même, et une partie constructive qui est formée d'une série de dispositions qui ont pour but d'organiser les mesures propres à assurer l'application de la loi. L'essence de la loi se réduit à la norme, qui est impérative non point parce qu'elle est un ordre émané des gouvernants, mais parce qu'elle est, en soi, impérative. « S'il y a un ordre dans la loi, il ne peut exister que dans la partie constructive, élément habituel, mais contingent de la loi positive, et si cet ordre existe, il ne s'adresse point aux gouvernés, les gouvernants n'ont point le pouvoir de commander aux gouvernés, il ne peut s'adresser qu'aux seuls agents des gouvernants » (1).

Ce n'est plus seulement le droit objectif, la règle de droit, mais encore le droit positif que M. Duguit veut soustraire aux atteintes de l'Etat. Il semble que, sur ce point, la doctrine de M. Duguit soit fondée sur une subtilité. « Qu'on le remarque bien, si la technique législative est aussi un élément de formation du droit, ce n'est point parce qu'en l'organisant le législateur crée le droit. Non, il ne le crée pas, ne peut le créer. Il peut et il doit travailler à le réaliser. Il possède une force qu'il doit mettre au service du droit; il prend pour cela certaines mesures, qui ne deviennent pas, par le fait de l'intervention du légis-

(1) Op. Cit. I. 545.

lateur des règles de droit; mais cette intervention, manifestation d'une volonté individuelle, facteur de la solidarité sociale, est en même temps, et par là même, facteur du droit » (1). Quelle différence y a-t-il entre être facteur du droit et créer le droit, au moins dans la mesure où l'on est facteur du droit? Si l'Etat n'est pas seul à créer le droit, il contribue du moins à cette création.

Dans son traité de droit constitutionnel (2^e édition, 1921), M. Duguit, tout en conservant l'essentiel de ces conclusions (2), apporte à sa théorie du droit objectif quelques précisions nouvelles.

« La norme sociale... a-t-elle dans toutes ses parties le même degré de rigueur? Sa violation (et c'est à cela qu'on la reconnaît), entraîne toujours une réaction sociale à l'intérieur du groupe. Mais cette réaction apparaît-elle toujours avec le même caractère? ou au contraire y a-t-il, dans la façon dont elle se produit, des différences, desquelles on puisse déduire une sorte d'échelle des valeurs dans les prescriptions de la norme sociale? » (3). Une telle échelle existe, au bas de laquelle se trouvent des normes économiques. Mais la norme sociale comprend aussi — et c'est là le second degré — un ensemble de prescriptions morales; par prescriptions morales, il faut entendre « celles qui s'appliquent à tout homme vivant dans un pays et à une époque donnée et qui lui imposent une certaine... dans ses manifestations extérieures, aussi bien pour ses vêtements, son habitation, ses relations mondaines, que pour ses pratiques religieuses » (4). La norme juridique, qui dérive de l'une ou l'autre, née lorsque la masse des individus composant le groupe social

(1) Op. Cit. I. 562 et 3.

(2) cf. T. I., p. 22, le renvoi à *L'Etat* pour plus amples développements).

(3) *Traité de Droit Constitutionnel*, I. 26.

(4) Op. Cit. I. 28.

ont conscience que telle règle doit être sanctionnée. Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsqu'a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe, comprend et admet qu'une sanction contre les violations de la règle peut être socialement organisée. Cette organisation peut ne pas exister, elle peut être embryonnaire ou sporadique, peu importe. C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit » (1).

C'est un critérium bien fugitif! Il y a pourtant intérêt à pouvoir distinguer, de façon précise, la règle de droit des prescriptions de la mode et c'est ce qui devient impossible de faire! Comment déterminer à quel moment la masse des esprits conçoit la nécessité d'organiser la contrainte? Bien plus, on pourrait, sous quelque apparence de raison, prétendre que la conscience de cette nécessité n'apparaît que bien longtemps après que la contrainte a été organisée. Il suffit de songer à quelle violentes controverses certaines mesures législatives ont donné lieu, pour se convaincre que la décision des gouvernants précède bien souvent l'opinion de la masse. Que l'Etat ne crée pas arbitrairement le droit, que ses décisions soient déjà en germe dans l'opinion publique, c'est peu douteux; mais le plus souvent, ce n'est pas une solution unique qui recueille les suffrages de la foule. Pour envisager un cas concret, combien de solutions n'a-t-on pas proposées pour trancher la question des loyers? Laquelle de ces solutions (qui toutes avaient des partisans), était-elle norme juri-

(1) Ibid I. 36.

dique au sens que donne à ce mot M. Duguit? Il est pourtant de toute nécessité de donner, du droit, une définition telle qu'aucune controverse ne soit possible sur le point de savoir si telle règle est règle de droit ou non. Toutes les autres conditions doivent passer après celle là. C'est là le grand mérite du système de Seydel, de donner un critérium simple qui permette de fixer sans hésitation les limites du domaine juridique. La première qualité d'une définition est de ne laisser de place à rien d'autre qu'à l'objet défini. Et puis, à quoi bon recourir à ces subtilités, leur bénéfice est nul, au moins dans un système représentatif. Un tel système n'a-t-il pas pour but de dégager la volonté de la masse des individus et d'ériger cette volonté en loi? Or, le droit, pour M. Duguit, demeure une question d'arithmétique, dès que le plus grand nombre éprouve la nécessité de sanctionner une norme sociale, elle devient norme juridique. La norme juridique ne différerait pas de la loi dans un système représentatif parfait, ou de la loi approuvée par un referendum.

Il existe, sans doute, certaines règles qui ont profondément pénétré dans la conscience sociale, dont la sanction est jugée indispensable, ce sont celles que le droit positif a consacré depuis le plus longtemps. Il est évident, par exemple, que la monogamie ou la prohibition de l'esclavage sont, dans une société civilisée, des normes juridiques au-dessus de l'atteinte de l'Etat. Elles ont pénétré le milieu social, elles l'ont modifié de telle sorte qu'un retour en arrière serait impossible. Et pourtant, l'abolition de l'esclavage a suscité — aux Etats-Unis en particulier, — des luttes qui prouvent assez que la nécessité de cette mesure n'était pas sentie par tous. S'il existe un droit objectif qui s'impose aux gouvernants comme aux gouvernés, qui tire sa force non de la volonté de ceux-là mais de l'acceptation de ceux-ci, c'est cette partie du droit

positif devenue en quelque sorte d'institution et qui, avec le temps s'est cristallisée.

M. Duguit a prévu le reproche. « Rien, peut-on dire, n'est précaire, changeant, flottant, autant que l'opinion des hommes. Les passions, la haine, l'envie, toutes les causes innombrables des aberrations humaines interviennent, et la règle de droit ainsi comprise ne peut être que le produit du caprice des foules, sinon de la folie de quelques-uns » (1). Aussi l'écarte-t-il, en ayant soin de dire : « Je ne cherche point à déterminer ce qu'est le droit idéal absolu... sur le terrain positif j'essaie de déterminer uniquement à quel moment une certaine règle, dont la masse des individus dans un groupe social a une conscience plus ou moins claire, devient règle de droit. De ce point de vue, à cette question n'apparaît d'autre réponse que celle-ci : c'est au moment où la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée » (2). On voit donc que M. Duguit ne se défend pas de donner du droit une représentation « précaire, changeante, vague, flottante », il se borne à dire que l'argument ne le touche pas, car s'il est impossible de déterminer de façon précise le domaine juridique, la faute n'en est pas au juriste. Ce domaine est, par lui-même imprécis. Il faut envisager les faits dans leur réalité, tels qu'ils sont donnés par l'observation, et ne pas chercher, par des constructions métaphysiques, à leur substituer un idéal immuable. Mais est-ce là la vraie raison ? D'autres auteurs sont parvenus à édifier un système qui ne présente pas cette insaisissabilité. Si, pour M. Duguit, le droit est quelque chose de précaire, de changeant, etc., c'est qu'il l'a bien voulu, c'est parce que sa définition im-

(1) Ibid I. 48.

(2) Ibid I. 49.

pliquait une telle précarité. Le mot de droit est un de ceux auquel on s'est complu à donner les sens les plus divers. Dans ce vase vide, chaque auteur ou presque, a versé un contenu différent; quoi de singulier à ce que l'entente soit impossible sur les propriétés de ce contenu? Lorsque M. Duguit établit que le droit s'impose à l'Etat comme aux sujets, et lorsque Seydel écrit qu'il n'y a pas de droit sans le souverain, au-dessus du souverain, qu'il n'y a de droit que par le souverain, ils parlent deux langues différentes où les mêmes mots ne désignent pas les mêmes choses.

En fait, ce que M. Duguit entreprend de fonder, c'est une règle morale et non une règle de droit. Règle de morale et non règle de droit, car la morale n'est pas seulement un principe permettant d'apprécier la valeur d'un acte pris en lui-même, un critérium qui permet de dire: « tel acte est bon en soi », la morale est « un ensemble de règles qui doivent diriger l'activité libre de l'homme, décomposée en deux parties: démontrer que l'homme a des devoirs, des obligations, et faire connaître ces devoirs, ces obligations » (1). Le principe de la règle morale est de chercher l'adhésion, le consentement du sujet, de prescrire à l'individu un devoir sans sanction, et c'est ce que M. Duguit entreprend de faire: « Si l'homme est obligé de respecter tout acte fait dans un but de solidarité, s'il est obligé de ne faire aucun acte qui ne soit déterminé par un but de solidarité, c'est évidemment parce qu'il est obligé d'agir conformément à la solidarité » (2). Il y a une différence profonde entre une règle qui s'impose et une règle imposée par une contrainte extérieure dont on s'abstient de juger la « légitimité ». En dehors de toute morale, de toute métaphysique, il ne peut y avoir aucun critérium

(1) LITTRÉ, *Dictionnaire*, au mot: Morale.

(2) *L'Etat*, I. 89.

objectif qui permette de ranger les phénomènes naturels dans la catégorie du juste ou de l'injuste. Or, pour M. Duguit, un tel critérium existe, car il parle « d'obéissance due » (1), de force brutale qu'il oppose à la force légitime (2), de volonté individuelle s'imposant légitimement aux autres (3), etc... Or, cela implique un jugement de valeur et non plus une simple constatation, cela implique une morale ou ne signifie rien. Comment M. Duguit s'élève-t-il à ce jugement « car si habilement qu'on la présente, si minutieusement qu'on l'analyse, la prétendue solidarité sociale n'est, en soi, qu'un fait... Or, il faudrait nous démontrer comment ce fait, à le supposer même incontesté, engendre légitimement l'obligation de le maintenir et de le développer. Vainement nous laisse-t-on entendre que, la solidarité apparaissant comme une condition essentielle de la vie en société, l'homme qui ne peut se passer de cette vie est conduit par là même à pratiquer la solidarité, nous demandons toujours comment cette nécessité de fait se mue en nécessité de droit » (4). Si cette mutation se produit, « c'est... qu'en dépit de ses dénégations, et nonobstant ses efforts trop visibles pour trouver dans la seule constatation des faits le secret de l'ordre juridique, Duguit a parsemé toute son œuvre de notions métaphysiques » (5). Et lorsque M. Duguit se défend d'encourir ce reproche et déclare: « La coopération à la solidarité sociale ne nous apparaît pas, à vrai dire, comme un devoir mais comme un fait dont le concept est un ressort d'action » (6), il ne fait que revenir à son point de départ — inattaquable — en sacrifiant ses conclusions.

(1) *L'Etat*, I. 260.

(2) *Ibid* I. 313.

(3) *Ibid* I. 350.

(4) GENY, *Science et Technique en Droit privé positif*, II. 263.

(5) *Ibid* II. 270.

(6) *L'Etat*, I. 104.

Il est mieux de remarquer qu'après avoir reconnu aux gouvernés le droit de s'opposer par la force aux actes arbitraires des gouvernants, qui peuvent contredire l'indépendance sociale, alors que cette opposition, loin de consacrer la règle de droit, permet à chacun de troubler gravement l'ordre social, il est mieux de remarquer que M. Duguit écarte systématiquement tous les systèmes qui permettraient de tenir en échec la puissance des gouvernants. Il ne se montre pas favorable à l'idée d'une Cour suprême chargée de veiller à la constitutionnalité des lois et, au besoin, à leur conformité avec le droit objectif (1). Il envisage avec défiance l'exception d'inconstitutionnalité et, en tous cas, n'admet pas que, « dans un régime fondé comme le nôtre essentiellement sur le principe de légalité », il soit permis aux tribunaux « d'apprécier la légalité des lois qu'ils sont chargés d'appliquer ». Décider le contraire, « serait leur permettre de s'insurger contre le principe même en vertu duquel ils peuvent agir, ce serait créer un véritable élément d'anarchie » (2). Il est singulier de prétendre que l'exception d'inconstitutionnalité est un élément d'anarchie, quand on a admis sans hésitation et presque sans réserve le droit à l'insurrection ! « En dépit de l'expédient des constitutions rigides... le droit objectif se trouve à la discrétion de la loi positive, par la vertu même du principe de légalité établi pour le protéger » (3).

Quoi qu'il en soit, si M. Duguit est parvenu à faire place, dans son système, à l'insurrection, c'est en élargissant la notion de droit, en attribuant à la règle de droit une portée, une étendue auxquelles seule une morale peut prétendre. Le reproche d'être une théorie métaphysique — reproche justifié — qu'il fait si souvent à la théorie du

(1) *Traité*, I, 155 et 5.

(2) *Droit Constitutionnel*, Paris 1907, p. 659.

(3) GENY, *Op. Cit.* II. 257.

droit naturel, on devait le faire à son système et nous avons vu qu'on le lui a fait.

Nous ne prétendons pas nier la solidarité sociale, pas plus que l'existence de la règle d'action qui en dérive et qui s'impose à tous, gouvernants et gouvernés, mais cette règle n'est et ne peut être qu'une règle morale, elle implique, chez les hommes vivant en société, le désir et la volonté de maintenir et d'accroître cette solidarité, et seule une morale peut leur en faire un devoir. Le propre d'une règle de droit, c'est de ne pas nécessiter le consentement du sujet qui y est soumis. La règle de droit ne s'impose pas à l'individu, elle lui est imposée. Elle ne dit pas : fais ceci ou ne fais pas cela, mais : si tu fais ceci ou si tu ne fais pas cela tu encourras telle sanction. Que l'individu doive se soumettre à la règle de droit volontairement, lors même qu'il est assuré d'échapper à toute sanction, c'est peu douteux, mais c'est là une règle de morale et non plus une règle de droit. La réaction sociale ne peut être considérée comme la sanction du droit objectif, parce qu'un élément formel lui fait défaut et parce qu'elle n'est pas organisée. Il faut bien réserver le nom de droit aux règles dont la sanction est assurée par les pouvoirs publics, sous peine de ne plus discerner le domaine des prescriptions juridiques — au sens le plus usuel — de celui des convenances, des usages ou des modes, et nous croyons qu'une telle distinction est utile. Elle n'est pas organisée et ne peut l'être — avant sa consécration par l'Etat — et ce défaut d'organisation la rend insaisissable et indéterminée.

Au surplus, il semble bien que M. Duguit n'évite pas une grave contradiction en reconnaissant aux gouvernés un droit à l'insurrection. Les gouvernants sont, pour lui, ceux qui détiennent, à un moment donné, la plus grande force, on doit donc conclure qu'ils sont, par définition, à l'abri de toute réaction sociale et, en conséquence, au-

dessus de la règle de droit. S'ils viennent à être atteints par cette réaction, c'est qu'ils avaient déjà cessé d'être les plus forts, c'est qu'avant même d'être déposés, ils avaient cessé d'être les gouvernants. En fait, dans la conception de M. Duguit, il n'y a que des insurrections qui échouent, car si elles aboutissaient, elles ne seraient pas des insurrections, puisque ceux contre qui elles sont dirigées ne détenaient pas la plus grande force, n'étaient pas des gouvernants.

Définir les gouvernants : ceux qui, à un moment et dans un pays donné, détiennent la plus grande force, c'est ouvrir la porte à toutes les ambiguïtés, à toutes les confusions. Si l'on veut classer les individus en gouvernants et en gouvernés, selon le plus ou moins de force qu'ils détiennent, ne devra-t-on pas dire qu'un grand industriel ou un grand financier sont, eux aussi, des gouvernants ? Et nous croyons qu'il y a intérêt à pouvoir distinguer un homme d'Etat d'un industriel ou d'un financier.

Déterminer une règle dont le respect s'impose à l'Etat, limiter les pouvoirs de celui-ci, trouver le fondement des pouvoirs positifs et négatifs qui lui incombent et chercher à leur donner une sanction, c'est là un des problèmes essentiels du droit public, de la solution duquel dépend l'existence même de ce droit. Mais ne le résoudre qu'en sacrifiant la notion de souveraineté, en élargissant celle de droit au point d'y faire entrer les éléments les plus divers, se condamner à ne considérer l'Etat que comme néant juridique et les gouvernants comme des hommes plus forts que les autres et rejoindre par là les adeptes des théories de la force, c'est, nous semble-t-il, payer d'un trop haut prix une solution qui n'en demeure pas moins précaire et surtout singulièrement dangereuse.

CHAPITRE IV

L'AUTO-LIMITATION DE L'ETAT

La théorie de l'auto-limitation de l'Etat a trouvé sa première expression dans l'ouvrage capital de Jhering *Der Zweck in Recht*, où le grand juriste allemand a développé toutes ses idées sur le problème du droit. Elle a été reprise par Jellinek, qui lui a donné sa forme définitive sous laquelle il nous faut l'envisager.

Cette théorie représente, avant tout, un effort de conciliation entre des nécessités en apparence contradictoires : nécessité de faire de la puissance étatique une puissance limitée, nécessité de considérer l'Etat comme une personne souveraine.

Nous exposerons successivement la théorie de l'auto-limitation et les critiques qui lui ont été adressées.

§ I. - *Théorie de l'auto-limitation*. — L'organisation étatique d'un peuple a pour effet de donner naissance à un être juridique distinct non seulement des individus qui composent la nation, mais encore de la nation elle-même, dont l'Etat n'est point la personnification car il ne personifie que lui-même, que l'établissement étatique. La nation est, au même titre que le territoire ou que le pouvoir étatique, un élément de structure de la personnalité de l'Etat, elle ne se confond pas avec cette personnalité. « Les hom-

mes, appartenant à l'Etat, forment tous ensemble la population de l'Etat, le peuple. Comme le territoire, le peuple remplit dans l'Etat une double fonction. C'est un élément du groupe étatique... » (1).

L'Etat personne juridique est titulaire de la puissance publique, puissance inconditionnée et irrésistible en vertu de laquelle il exerce la contrainte dans sa plénitude. L'Etat ne se détermine que par sa propre volonté, il est doué de la faculté d'auto-détermination; c'est le critérium qui distingue le pouvoir de l'Etat de tous les autres pouvoirs. Là où le pouvoir de commandement appartient à un individu ou à une collectivité, ce n'est pas en propre et à titre originaire mais par suite d'une concession.

Mais ainsi que M. Duguit lui-même le reconnaît, de ce que l'on « conçoit l'Etat comme une personne, un sujet de droit, on doit admettre, par là même, qu'il tombe sous la prise du droit, qu'il est non seulement titulaire de droits subjectifs, mais encore lié par le droit objectif » (2), car « la théorie de l'Etat personne permet de ranger l'Etat dans les cadres de la pensée juridique et, par là, de lui en imposer la discipline » (3). Que si la qualité de personne souveraine fait à l'Etat, dans ce cadre, une place privilégiée, elle n'exclut pas, cependant, la possibilité de l'y faire entrer. Il n'est pas exact de dire « si le pouvoir étatique est souverain il est sans limite, et s'il n'est pas sou-

(1) JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, I, 34.

Dans le même sens, cf :

HAURION, *Précis de droit administratif*, 3^{me} éd., p. 22.

LABAND, *Droit public de l'Empire allemand*, I, p. 102, 158 et s.

En sens contraire :

ESMEIN, *Eléments*, 5^{me} éd., p. 1.

CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, p. 13.

LE FUR, *L'Etat, la souveraineté et le droit*, I, p. 122.

(2) *Traité*, I, 16.

(3) MICHOD, *Théorie de la personnalité morale*, II, 209.

verain, il n'est plus le pouvoir étatique » (1), ou du moins ce n'est exact que si l'on cherche en-dehors de l'Etat le principe qui doit limiter son pouvoir car « si la souveraineté est la puissance du degré le plus élevé... cela ne signifie pas qu'elle est un pouvoir limité, en tous cas, cela ne veut pas dire qu'elle ne soit point susceptible de limitation » (2).

La plupart des auteurs ont voulu rechercher le principe limitatif de la puissance étatique en-dehors de l'Etat, le déduire d'une norme antérieure et supérieure à lui qu'il serait tenu de respecter. Que cette norme s'appelle droit divin, droit naturel ou droit objectif, on aboutit toujours au même dilemme: ou bien l'Etat est souverain et ne saurait être subordonné à l'observance d'un principe dont l'élaboration lui est étrangère: ou bien cette observance s'impose à lui, il cesse alors d'être souverain. C'est cette considération qui avait conduit Rousseau à l'absolutisme; dans ses lettres écrites de la montagne (3), on lit: « Dans tout Etat, il faut une puissance supérieure, un souverain qui puisse tout. — Il est de l'essence, de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée, elle peut tout, ou elle n'est rien ». C'est pour éviter cette difficulté que des juristes allemands ont édifié leur théorie de l'auto-limitation, d'après laquelle l'Etat ne peut être obligé que par sa propre volonté, mais qu'il est obligé par elle, et qu'en cela consiste la souveraineté.

Pour Jhering, le droit ne se concevant pas sans contrainte extérieure organisée, et cette contrainte étant le monopole de l'Etat, le droit ne peut avoir d'autre source que sa puissance et sa volonté. Cependant, la règle de droit n'est telle qu'autant qu'elle oblige et lie les sujets

(1) DUGUIT, *Traité*, 2^{me} éd. I. 486.

(2) CARRÉ DE MALBERG, *Op. cit.* I. 228 et s.

(3) 2^{me} partie, lettre 7.

auxquels elle commande et l'Etat qui l'édicte. Cela résulte de plusieurs passages de son ouvrage, en particulier il écrit (1) : « Le droit peut, à mon avis, se définir exactement : l'ensemble des normes en vertu desquelles, dans un Etat, s'exerce la contrainte. Cette définition renferme deux éléments : la norme et la réalisation de celle-ci par la contrainte. Les statuts sociaux sanctionnés par la contrainte publique, constituent seuls le droit. Or, nous l'avons vu, l'Etat est le souverain détenteur de cette contrainte. Les prescriptions revêtues par lui de cette sanction, sont donc seules des normes juridiques. En d'autres termes, l'Etat est l'unique source du droit ».

A Puchta, qui admet l'existence d'une règle de droit sans contrainte de droit, Jhering objecte que si la possibilité de l'observation volontaire de normes dans un certain milieu était suffisante pour conférer à une norme le caractère de règle de droit, les règles d'une association prohibée devraient aussi être des normes de droit, objection que l'on pourrait adresser au système de M. Duguit, car une association prohibée constitue bien un groupe susceptible de réactions.

Ces deux éléments de la contrainte publique et de la norme sont insuffisants pour créer l'Etat juridique : « Ce qui fait encore défaut, c'est l'élément que nous avons signalé sous le nom de norme bilatéralement obligatoire, en vertu de laquelle l'Etat s'incline lui-même devant les règles édictées par lui, et leur accorde en fait, tant qu'elles existent, l'empire qu'il leur a attribué en principe... le droit donc, dans cette conception large, implique la force bilatéralement obligatoire de la loi, la soumission de l'Etat lui-même, aux lois portées par lui » (2).

(1) *Der Zweck in Recht*, trad. MEULENAERE, I. 215.

(2) JHERING, op. cit. I. 238.

Le motif qui détermine l'Etat à se soumettre aux lois portées par lui est le même que celui qui détermine l'homme à prendre empire sur lui-même: l'égoïsme, l'intérêt personnel, car l'empire sur soi-même a en lui-même sa récompense. L'homme a besoin de discernement pour saisir les leçons de l'expérience, et de force morale pour les apprécier. Ces deux conditions étant réunies, le pouvoir étatique étant conçu comme possédant le discernement et la force morale, le problème est résolu. Le pouvoir étatique va au droit parce qu'il se convainc que son propre intérêt l'y pousse. De là cette vue de Jhering sur le droit: « Le droit est la politique bien entendue de la force, non la politique du moment, de la passion et de l'intérêt passager, mais la politique aux vues larges et lointaines, là politique de l'avenir ».

Il faut convenir que la raison de cette soumission invoquée par Jhering, l'intérêt bien entendu de l'Etat, ne répond pas à la question. C'est un motif d'ordre politique, alors que la question qui se pose est une question de droit. Il ne s'agit pas de savoir s'il est utile à l'Etat de se conformer au droit, de s'imposer certaines restrictions, mais comment ces restrictions naissent et comment elles s'imposent à lui. Lorsque Jhering écrit: « Le motif qui détermine le pouvoir à s'incliner sous la loi, est le même qui suffit à décider l'individu à se dominer soi-même: l'intérêt propre... La puissance publique recourt au droit parce qu'elle y découvre son propre intérêt, bien entendu... L'ordre n'est véritablement garanti que là où l'Etat respecte celui qu'il a lui-même établi » (1); il explique bien pourquoi, en fait, l'Etat se soumet au droit, mais non pourquoi il doit s'y soumettre.

Jellinek ne se fait pas des rapports du droit et de

(1) Op. cit. 250 et s.

l'Etat, la même idée que Jhering. Il admet qu'il a pu y avoir un droit antérieur à l'Etat si l'on entend par Etat la communauté politique telle qu'elle existe dans les peuples modernes. Mais, peu à peu, l'Etat a réglé l'organisation sociale toute entière, il est devenu la seule source du droit, ou plutôt de la réalisation du droit, c'est en devenant le titulaire exclusif de la puissance de commander qu'il a fait sienne l'ensemble de la formation juridique. Toute juridiction lui appartient ou est concédée par lui. « Ainsi l'Etat finit par acquérir le droit de régler tout droit en vigueur entre ses frontières, de telle sorte que, dans l'Etat moderne, tout le droit se divise en droit établi par l'Etat et en droit admis par lui » (1). Si, de nos jours encore, un grand nombre de groupements se font à eux-mêmes leur législation, la contrainte destinée à sanctionner un pareil droit n'émane que de la puissance souveraine et n'appartient qu'à l'Etat. C'est pourquoi le droit de l'association ne peut obliger objectivement les membres de l'association que grâce à une concession de l'Etat. La création du droit objectif d'un groupe est devenue aujourd'hui exclusivement chose de l'Etat.

La position de Jellinek paraît beaucoup plus solide et semble répondre plus directement au problème. Pour lui, si l'Etat est soumis au droit, ce n'est pas parce qu'il y a trouvé son intérêt, c'est à raison même de sa nature, parce qu'il doit s'y soumettre sous peine de s'anéantir lui-même, parce qu'il doit être un Etat de droit ou ne pas être. La puissance d'Etat est une puissance juridique, non une force brutale, son existence même suppose un ordre juridique : condition de son exercice. L'Etat et le droit ne sont pas concevables l'un sans l'autre, ils ne sont concevables que l'un par l'autre : l'Etat est une existence col-

(1) JELLINEK, op. cit. I. 548.

lective juridiquement organisée. L'Etat souverain n'est pas omnipotent, car il ne peut abolir l'ordre juridique, introduire l'anarchie sans se suicider (1).

L'existence de l'Etat étant subordonnée au maintien d'un ordre juridique — en perpétuelle évolution, que l'Etat modifie mais ne peut abolir — son pouvoir devant s'exercer selon certaines formes déterminées par cet ordre, l'Etat est dès lors lié par lui. « S'il est essentiel à l'Etat d'être en possession d'un ordre juridique, c'est, du coup, la doctrine du pouvoir absolu et illimité de l'Etat qui se trouve renversée. L'Etat ne se trouve pas tellement au-dessus du droit qu'il s'affranchit du droit lui-même, ce qui est en son pouvoir de fait comme en son pouvoir juridique, ce n'est pas la question de savoir si un certain ordre juridique doit exister, mais quel ordre juridique » (2). La doctrine de Seydel, selon laquelle le droit s'imposerait aux sujets et non à l'Etat ne saurait être acceptée car « de cette doctrine il résulte, en premier lieu, que le droit qui s'impose au sujet envisagé comme individu ou comme organe de l'Etat, n'a pas le caractère du droit pour l'Etat. Ainsi donc, si, en changeant de point de vue, l'on contemple les hauteurs de l'Etat, les profondeurs du droit, l'on n'aperçoit plus rien. Le droit est pour l'Etat non-droit, c'est un néant juridique; il est et demeure étranger à l'Etat, mais l'Etat l'impose à ses sujets et l'élève ainsi à la hauteur du droit. Une telle conception ne peut être réalisée rigoureusement que dans une théocratie. Un dieu seul, ou un monarque vénéré à l'égal d'un dieu peut poser les décisions de sa volonté, insondables et toujours véritables, comme normes d'actions obligeant tout le monde sauf lui-même » (3).

« L'ordre juridique ne peut pas plus se concilier avec

(1) Cf JELLINEK, op. cit. II. 129.

(2) JELLINEK, op. cit. II. 130.

(3) JELLINEK, op. cit. I. 351.

l'anarchie d'en haut qu'avec celle d'en bas, il ne tolère pas plus l'absence de règles en ce qui concerne l'exercice de la puissance publique qu'en ce qui concerne l'obéissance due par les sujets. C'est pourquoi l'Etat procède selon des règles fixes, soumises en ce qui concerne leur établissement et leur révision à des formes juridiques. Mais de telles règles présupposent que les organes de l'Etat sont obligés par elles; et l'Etat lui-même est ainsi lié dans son activité, car l'activité des organes de l'Etat c'est l'activité même de l'Etat, puisqu'il n'a et ne peut avoir d'autre activité que celle qui se manifeste par ses organes. De plus, ces règles doivent être inviolables aussi longtemps qu'il n'y aura pas de raisons valables pour les abroger, l'ordre juridique doit être établi et non soumis à la fantaisie ou au caprice. Cette stabilité est une condition du développement constant de la civilisation, car elle engendre la confiance sociale sans laquelle les relations entre les hommes s'élèveraient à peine au-dessus du niveau primitif; et travailler au développement de la civilisation est une des fins de l'Etat (1).

Rechercher si l'Etat est ou n'est pas obligé, par sa propre volonté, c'est, avant tout, une question d'ordre historique, car le fondement de tout droit réside dans la conviction que l'on a de sa valeur, de sa force normative, de son pouvoir de détermination sur la volonté, la norme n'est jamais quelque chose d'uniquement extérieur, il faut qu'elle porte en elle-même la possibilité d'être reconnue comme justifiée par le sujet à qui elle s'adresse, c'est pourquoi « l'on ne peut affirmer qu'une chose, c'est que dans l'Etat moderne, de plus en plus chacun est convaincu du caractère obligatoire du droit pour l'Etat lui-même » (2).

Admettre la force obligatoire d'un acte unilatéral de volonté n'a rien d'absurde, c'est une conception familière

(1) Cf. JELLINEK, *op. cit.* I. 410 et s.

(2) JELLINEK, *op. cit.* I. 554.

au droit privé et nécessaire pour fonder le droit public. « La force obligatoire de l'acte unilatéral de volonté permet seule de fonder les relations juridiques entre un groupement quelconque et ses membres... Chaque association établit pour ses membres, par des décisions conformes aux statuts, par conséquent d'une façon unilatérale, des règles qui obligent non seulement les membres de l'association, mais l'association elle-même. L'Etat se distingue de telles associations uniquement par ce fait que l'ordre juridique en vertu duquel il est lié par ses déclarations de volonté est l'ordre juridique même de l'Etat (1).

En quel sens l'ordre juridique, l'état de droit, entraîne-t-il une limitation de la puissance de l'Etat ? Ce n'est évidemment pas sa modalité à un moment donné qui s'impose à l'Etat qui ne peut être modifiée par lui, car ainsi que le fait justement observer M. Carré de Malberg : « Si l'Etat était ainsi enchaîné d'une façon absolue et incommutable par les limitations qui environnent actuellement sa puissance, on ne pourrait plus dire qu'il est souverain », mais l'Etat ne peut modifier l'ordre juridique existant que pour en créer un nouveau, il ne peut s'affranchir d'un lien que pour s'en donner un autre : « A cet égard, il est voué à un régime de limitation permanent, et c'est en ce sens que la notion de souveraineté demeure essentiellement distincte de celle d'omnipotence » (2).

§ II. — La théorie de l'auto-limitation a encouru un grand nombre de critiques, la plupart des publicistes français lui sont hostiles. M. Le Fur n'admet ni l'obligation exclusive du sujet par une volonté étrangère, ni l'obligation de l'Etat par sa propre volonté. Pour lui, « l'individu ou la collectivité quelconque qui contracte une

(1) JELLINEK, *op. cit.* I. 553.

(2) CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.* I. 234.

obligation s'oblige... lui-même et c'est sa volonté propre, non la législation établie qui est la cause de son obligation ». C'est peu douteux, et Jellinek n'a jamais prétendu que la législation était la cause de son obligation, mais que la législation seule confère à cette obligation le caractère juridique. Il semble bien que Borel (1), à l'opinion duquel se range M. le Fur, ait prêté au grand juriste allemand une pensée que celui-ci n'a jamais eue : « Comment quand l'homme se marie ou quand il achète une maison, il exécute la volonté de l'Etat ? Oui, dit Jellinek, puisqu'au fond c'est le droit, c'est-à-dire la volonté de l'Etat qui donne à ses actions leur portée et leurs conséquences juridiques ». Nous avouons ne pas saisir le lien qui unit ces deux idées ; l'Etat a bien attaché à certains actes de volonté individuelle certaines conséquences, et à lui seul il appartenait de le faire, mais il n'a pas voulu ces actes, il n'en est pas la cause, il n'est là cause que de leurs effets. M. Le Fur paraît bien d'ailleurs se borner à une profession de foi lorsqu'il écrit : « La souveraineté de l'Etat à l'intérieur n'a pas pour effet de permettre à l'Etat de créer le droit à sa fantaisie : il ne fait que le constater et le sanctionner ». (Etat Fédéral, p. 380, note 2 in fine). Il n'est nullement certain que le dilemme s'impose et l'on peut fort bien attribuer à l'Etat un rôle actif dans l'élaboration du droit sans être obligé de conclure qu'il le crée à sa fantaisie ; liberté ne signifie pas arbitraire. M. Le Fur se demande (2) d'où vient le caractère obligataire du droit constitutionnel ou du droit international « en vertu de quelle cause juridique l'Etat est lié par son acceptation ou sa concession » s'il n'existe nul principe de droit supérieur à sa volonté. Mais en vertu de cette volonté même : l'Etat est lié parce qu'il a voulu l'être et l'on ne voit pas pourquoi il serait incapable de s'obliger.

(1) *La souveraineté et l'Etat fédératif*, p. 86.

(2) *Op. cit.* p. 424, note 1.

M. Duguit se montre un adversaire non moins décidé.

« Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veut, et si l'on admet cette seule limitation, il vaut autant dire que le pouvoir de l'Etat est sans limite (1). On peut objecter que les limitations découlant de la constitution ont été voulues par l'Etat et qu'elles n'en sont pas moins efficaces. M. Duguit le reconnaît d'ailleurs puisqu'il écrit (2): « Une obligation s'impose au juriste et à l'homme politique ; donner une sanction pratique aux devoirs de l'Etat. Or, cette sanction pratique ne peut se trouver que dans une certaine organisation du pouvoir politique » et l'organisation du pouvoir politique est bien le fait de l'Etat, elle doit être consentie par lui, elle ne saurait lui être imposée. Une restriction librement acceptée a bien plus de chance d'être respectée puisqu'elle a été jugée salutaire par celui-là même à qui elle s'impose. M. Duguit prétend qu'il n'est pas nécessaire que l'Etat s'impose certaines limites, que la règle de droit porte en elle-même sa sanction puisque ses violations provoquent une réaction chez la masse des individus ayant conscience du lien social. « Appliquée à la question de la limitation des pouvoirs des gouvernants dans leurs rapports avec les gouvernés, cette doctrine aboutit... à faire dépendre l'appréciation des actes des gouvernants, non d'un ordre juridique déterminé d'avance et précisé par la loi de l'Etat, mais du sentiment qui se fait jour dans l'esprit de la masse et des réactions qui pourront en résulter. C'est là un genre de limitation qui échappe à tout essai de qualification juridique... » (3). Ce système est le plus contradictoire puisque M. Duguit admet que « la règle de droit existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais

(1) *L'Etat*, I. 122.

(2) *L'Etat*, I. 317.

(3) CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.* I. 237.

avant même que l'homme en ait conscience, par cela seul que les hommes vivent en société » (1). Si la règle de droit existe avant même que les hommes en aient conscience, sa violation ne saurait toujours donner lieu à une réaction.

M. Hauriou soupçonne que la théorie de l'auto-limitation pourrait n'être qu'une « colossale méprise », car au rebours de cette théorie qui « attribue l'établissement du régime de droit à l'action de la personne morale Etat, ne serait-ce point plutôt la personne morale Etat qui résulterait du régime de droit établi dans une nation ? » (2). Il est évidemment impossible de répondre à cette question, la seule chose que l'on puisse dire c'est que le régime de droit et l'Etat coexistent toujours, que l'un ne va pas sans l'autre; quant à rechercher lequel des deux est cause de l'autre, c'est poser un problème sans doute insoluble. Cependant la vue la plus satisfaisante paraît être celle de Preuss qui écrit : « Nées en même temps comme deux sœurs jumelles à l'époque de l'établissement de l'humanité, ces deux idées (de droit et d'Etat) ne sont pas restées étrangères l'une à l'autre ; au cours du long développement de l'humanité, elles se sont continuellement pénétrées, l'une entraînant et développant l'autre. Aujourd'hui le développement en est à ce point que notre droit est devenu surtout un droit étatique et notre Etat, un Etat de droit » (3). Que la notion du droit et celle d'Etat aient été concomitantes ou non, il importe peu, si l'on veut bien convenir avec Preuss que le droit est un droit étatique et l'Etat un Etat de droit, c'est la seule certitude à laquelle l'observation nous permet d'accéder, la seule chose qui soit par conséquent objet de science.

M. Michoud reprenant les affirmations des théoriciens de l'Ecole du droit naturel se refuse à croire que le droit

(1) DUGUIT, *L'Etat*, I. 114.

(2) *Principes de Droit Public*, p. 73.

(3) *Gemeinde Staat Reich*, p. 205 et 206, cité par DUGUIT, *L'Etat*, I. 133.

est la création exclusive de l'Etat ; il pose en principe que le droit existe en dehors de l'Etat. Que « la législation du droit naturel » en tant que législation extérieure à l'Etat « bien que toute idéale est de nature à agir à titre d'idée force à l'intérieur du groupe étatisé » (1). La force qui s'attache à de telles idées n'a pas le caractère de force juridique : M. Michoud le reconnaît lui-même quand il ajoute : « Il va sans dire que le droit n'arrive à sa complète réalisation et n'est revêtu d'une protection réellement efficace que lorsqu'il est reconnu par l'Etat. C'est l'Etat seul qui peut mettre à la disposition du sujet, le moyen juridique destiné à assurer cette protection. Aucun système, aucune définition ne peut écarter ici la brutalité du fait » (2). Ainsi à quoi bon affirmer qu'il existe un principe de droit supérieur à l'Etat s'il faut reconnaître à l'Etat le pouvoir exclusif de le sanctionner ? Que l'Etat ne crée pas le droit, qu'il se borne à le reconnaître, puisqu'alors même il le reconnaît fausement, les règles juridiques qu'il édicte ont une valeur positive indéniable ? Toutes ces constructions peuvent avoir leur valeur et leur raison d'être dans la sphère hypothétique, elles s'évanouissent quand on passe du domaine des possibilités juridiques à celui des réalités sociales. Il n'est pas douteux que l'exercice de la puissance d'Etat ne soit dominé par les règles morales, que la distinction du bien et du mal ne s'impose aux actes du pouvoir souverain, mais on ne saurait trop insister avec M. Carré de Malberg sur la singulière prétention qu'il y a à « vouloir déterminer la nature juridique de la puissance de l'Etat, et spécialement l'étendue de cette puissance, par des considérations tirées de la distinction du juste et de l'injuste. En procédant ainsi on mêle et on confond le point de vue du droit et celui de la morale » (3).

(1) *Théorie de la personnalité morale*, II, 60.

(2) *Op. cit.* II, 59.

(3) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, 243, Note.

CONCLUSION

Ce qui distingue la règle de droit au sens formel, ce n'est point le caractère idéal de ses prescriptions, mais la force particulière qu'elle tire des sanctions matérielles qui en garantissent l'exécution. L'Etat étant la seule puissance capable de conférer une telle sanction aux règles qui régissent les rapports des hommes vivant en société, un lien force s'établit entre le droit et la puissance étatique. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la pensée de Jhering « l'Etat est la source unique du droit ».

En dehors de l'Etat, au-dessus de lui, peuvent bien exister des normes d'action non moins obligatoires que la norme juridique ; mais au point de vue spécial de la science du droit, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été reconnues par l'Etat, elles sont sans valeur ; elles n'en acquièrent que du jour où il leur confère la sanction qui leur manque, qu'il les place à l'abri de toute atteinte y compris des siennes propres. Cela conduit à reconnaître que l'Etat est la source du droit qui limite sa puissance comme du droit qui l'organise ou la développe. Ainsi compris le caractère de ces limitations est purement formel, il ne présume rien du contenu des limites que l'Etat s'impose à lui-même ; il ne nous apprend rien, non plus, du mode de fixation de ces limites. Des conceptions juridiques formelles ne sauraient donner sur ce point, aucune indication précise.

Le pouvoir public n'a pas une puissance illimitée et illimitable, mais le droit ne désigne jamais que la compé-

tence actuelle de l'Etat. Cette compétence, l'Etat peut bien la modifier, il peut s'affranchir de toutes les limites qu'il s'est imposé à lui-même, mais seulement en respectant les formes du droit et en s'imposant de nouvelles limites. Ce qu'il y a de permanent ce n'est pas telle ou telle limite particulière, c'est la limitation elle-même.

Il est cependant vrai de dire avec M. Le Fur, que le critérium de la distinction du juste et de l'injuste n'est pas à la merci du législateur, qu'il est un élément de cet équilibre social nécessaire à la vie de l'Etat, mais cette remarque, pour si juste et si fondée qu'elle soit, ne saurait fournir un élément de la théorie juridique de l'Etat.

L'assimilation complète de la souveraineté, à la faculté de disposer pleinement des questions de compétence n'est cependant pas absolument exacte : l'Etat trouve sa limite dans la personnalité reconnue de l'individu. L'impossibilité qu'il y a à contraindre le souverain à l'observance de ses devoirs de droit public n'ôte point à l'obligation son caractère juridique car « dans l'ordre juridique, il est des matières où la contrainte cesse. Si néanmoins, aux normes que la législation leur trace, nous reconnaissons le caractère de règles de droit, de lois, c'est que l'institution tout entière, dont elles ne forment qu'une faible partie est de nature juridique » (1). Le prince qui viole la constitution, ajoute Jhering, comme le juré qui condamne ou absout contrairement à sa conscience, violent, non la morale mais le droit ; seulement le droit ne peut les atteindre. La contrainte est bien une condition essentielle du droit, mais ici elle ne s'adapte plus à la norme juridique. L'organisation du droit se heurte à des obstacles invincibles, le droit est dans l'impuissance absolue d'organiser la contrainte : son postulat suprême.

(1) JHERING, *L'Évolution du Droit*, I, 221.

La sanction des devoirs du souverain il ne faut point croire la trouver, ainsi que quelques auteurs ont paru le faire, dans un prétendu droit d'insurrection. Il n'y a pas de sanction, de sanctions juridiques, il ne peut y en avoir. Les coups d'Etat et les révolutions ne se font pas sur le terrain du droit, le droit se contredirait lui-même en les autorisant ; l'insurrection, appel à la force, ne relève point de lui. Le succès c'est la condamnation du pouvoir public, la défaite, la condamnation du mouvement lui-même. S'il réussit c'est une révolution, s'il échoue, c'est une révolte, une insurrection. La question qui se pose est une question de fait, jamais une question de droit. Le jugement sur l'entreprise dépend de son issue, cela seul doit suffire à en révéler le caractère.

Une crise politique peut placer la société dans une situation telle que l'alternative s'impose de respecter le droit ou de sauver la nation. Le doute n'est alors pas possible, il faut sacrifier le droit, car il « n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi, il n'est que le moyen de réaliser un but qui est le maintien de la société humaine » (Jhering).

Le droit est destiné à régir les rapports normaux, il ne saurait s'appliquer aux situations extraordinaires pour lesquelles il n'a pu être conçu ; mais pour si utile que puisse être une insurrection, pour si heureuse qu'en soient les conséquences elle ne saurait jamais revêtir un caractère juridique. « La naissance, la vie et la mort des Etats ne relèvent que de l'Histoire, à elle seule il appartient de les juger et ses lois ne sont certainement pas celles du juriste » (1).

Ce qui doit achever de faire bannir de toute construction juridique la reconnaissance d'un prétendu droit à l'in-

(1) HEGEL, *Œuvres*, VIII, 2^{me} éd. 1840, p. 423.

surrection, c'est qu'en fait, il s'exercerait dans des conditions très différentes de celles qui pourraient le rendre acceptable. Les restrictions dont on veut l'entourer s'évanouissent quand on passe du monde des abstractions juridiques à celui des réalités sociales. Ce n'est jamais pour la défense d'un principe juridique méconnu par le souverain que le peuple recourt à la violence ; on serait bien embarrassé pour citer parmi les multiples mouvements révolutionnaires qui ont agité la France au siècle dernier, un seul d'entre eux qui ait une semblable cause. Les journées de Juillet ? Les Ordonnances ont-elles été autre chose qu'une occasion ou un prétexte ? Décidé à la lutte il n'est pas déplaisant de se placer sous l'égide du droit dont la défense est la dernière chose à quoi l'on ait songé.

On voudrait que le peuple, de qui vient tout pouvoir et au profit de qui tout pouvoir doit s'exercer, puisse déposer ceux qui le gouvernement et en usent non dans son intérêt, mais à leur profit. Le peuple, c'est sans grand souci de ce qu'il pense ou désire, que les professionnels de l'émeute l'entraînent à leur suite et le compromettent en leurs entreprises, ils ont tôt fait de se donner pour ses mandataires et de parler en son nom.

L'insurrection garantie suprême de la Constitution et sauvegarde de la légalité ? Elle ne tend à rien d'autre qu'à renverser l'une en abolissant l'autre.

Tout gouvernement deviendrait impossible si l'on reconnaissait à chaque individu le droit de refuser l'obéissance aux décrets de l'Etat qui blessent sa conscience. Le voudrait-on qu'il n'y aurait nul moyen d'y parvenir, un tel droit ne saurait être qu'un vain mot, M. Duguit lui-même en convient : « Il est clair que la question de la légitimité d'une insurrection ne pourra jamais se poser en droit positif devant un tribunal » (1). Si la tyrannie ne va pas

(1) *Traité*, II, p. 123.

sans injustices, la violence en est la source la plus sûre et la plus féconde, de là la parole de Goëthe : « Mieux vaut une injustice qu'un désordre », qui n'est point l'expression d'un culte aveugle et irraisonné de l'autorité, mais l'acceptation d'un mal par crainte d'un autre, pire.

Un pouvoir contesté devient aussitôt tyrannique, la crainte est pour l'Etat le plus sûr acheminement vers l'arbitraire. C'est en menant « cette bonne révolution qui vise moins à détrôner les rois qu'à les rendre sages » que l'on peut espérer apaiser l'éternel conflit de l'individu et du pouvoir.

« Le gouvernement se réserve les affiches blanches : cela simplifie le devoir. Le devoir, en fait, c'est ce qui est prescrit par les affiches blanches. Quoi qu'on pense du bien ou du devoir des idéaux, il faut mourir pour ce qui est écrit sur les affiches blanches. Au reste on ne leur doit rien de plus. » (1).

(1) ALAIN, *Le Citoyen contre les pouvoirs*, Préface, p. 12.

Montpellier, le 5 Avril 1927,
Le Président de la Thèse,
DE NESMES-DESMARETS.

Vu, le Doyen :
Le 6 Avril 1927,
M. MOYE.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 7 Avril 1927,
Pour le Recteur :
Le Vice-Président du Conseil de l'Université,
MASSOL.

INDEX DES OUVRAGES CITÉS

ALAIN	<i>Le citoyen contre les pouvoirs.</i>
ARISTOTE	<i>Politique.</i>
BAKOUNINE	<i>Œuvres, t. I.</i>
BION SMYRNIADIS	<i>Les théories de Kant, Locke, Hobbes, sur le droit d'insurrection.</i>
BOREL	<i>La souveraineté et l'Etat fédératif.</i>
CARRÉ DE MALBERG	<i>Contribution à la théorie générale de l'Etat.</i>
DUGUIT	<i>Traité de Droit constitutionnel.</i>
—	<i>L'Etat de droit objectif et la loi positive.</i>
—	<i>Les doctrines politiques de Rousseau, de Kant et de Hegel. Revue de droit public, 1918.</i>
—	<i>Doctrines allemande de l'auto-limitation. Revue de droit public, 1919.</i>
DURCKHEIM	<i>De la division du travail social.</i>
ENGELS	<i>Der Ursprung der Familie.</i>
ESMEIN	<i>Eléments de droit constitutionnel.</i>
GENY	<i>Science et technique en droit privé positif.</i>
GERBER	<i>Grundzüge der deutschen staats rechts.</i>
GIERKE	<i>Le fondement du droit public.</i>
GNEIST	<i>De l'Etat de droit.</i>
HOURION	<i>Précis de droit administratif.</i>
—	<i>Principes de droit public.</i>
HEGEL	<i>Œuvres, t. VIII.</i>
JELLINEK	<i>L'Etat moderne et son droit.</i>
JHÉRING	<i>Der Zweck in recht.</i>
KANT	<i>Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.</i>
LABAUD	<i>Le droit public de l'Empire allemand.</i>
LE FUR	<i>L'Etat, la souveraineté et le droit.</i>
—	<i>Etat Fédéral et Confédération d'Etats.</i>
LOCKE	<i>Du gouvernement civil.</i>
MICHEL (H.)	<i>L'idée de l'Etat.</i>
MICHOUD	<i>Théorie de la personnalité morale.</i>
NIETZSCHE	<i>L'Antechrist.</i>
—	<i>Le Crépuscule des idoles.</i>

PLATON	<i>Gorgias.</i>
—	<i>Menon.</i>
—	<i>Protagoras.</i>
—	<i>République.</i>
PREUSS	<i>Genieinde staat Reich.</i>
RECLUS (E.).	<i>Œuvres, t. I.</i>
ROUSSEAU	<i>Le Contrat social.</i>
—	<i>Lettres écrites de la montagne.</i>
SEYDEL	<i>Esquisse d'une doctrine générale de l'Etat.</i>
SOREL	<i>Réflexions sur la violence.</i>
SPINOZA	<i>Ethique.</i>
—	<i>Traité Politique.</i>
—	<i>Traité Théologico-politique.</i>
STIRNER	<i>L'unique et sa propriété.</i>

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	V
CHAPITRE PREMIER	
<i>Théorie de la Force</i>	I
CHAPITRE II	
<i>Le Droit naturel</i>	17
CHAPITRE III	
<i>Le Droit objectif</i>	48
CHAPITRE IV	
<i>L'Auto-limitation de l'Etat</i>	64
CONCLUSION	77
INDEX DES OUVRAGES CITÉS	83

Imprimeries Nouvelles Réunies
G. MATHIEU
14, Rue Chauvain — NICE
